



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720056/2020-11
ACÓRDÃO	1202-001.304 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL TELEFÔNICA BRASIL S.A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

ÁGIO. INCORPORAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS SOB MESMO CONTROLE. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO COMO DESPESA.

O ágio interno gerado a partir de operações societárias havidas entre pessoas jurídicas submetidas ao mesmo controle societário não pode ser deduzido da base de cálculo do IRPJ.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios.

ÁGIO. PARTES RELACIONADAS. MINORITÁRIOS.

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

A presença de sócios minoritários diversos não altera a natureza intragrupo do negócio entre controladora e controlada.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

A majoração indevida do Patrimônio Líquido do contribuinte deve ser expurgada do cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.

ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. DEDUÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A não comprovação de que o ágio pago tenha sido assentado na rentabilidade futura das participações societárias avaliadas; bem como não ter ocorrido a necessária confusão patrimonial da investidora e investida, impedem a sua dedução no cálculo das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA CONTROLADA, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE UMA DAS HIPÓTESES LEGAIS QUE A AUTORIZAM. IMPROCEDÊNCIA.

Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e/ou aplicação dos preceitos normativos.

No caso dos autos, não restou comprovado que a Contribuinte praticou um dos atos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, motivo pelo qual a multa de ofício deve ser reduzida para 75%, conforme assentado no acórdão recorrido.

ESTIMATIVAS DE IRPJ NÃO PAGAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

Após encerramento do período de apuração do IRPJ pelo lucro real anual, com pagamento mensal sobre bases de cálculo estimadas, os valores mensais das estimativas de IRPJ não recolhidas ficam sujeitos à multa de 50%, exigida isoladamente.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. BASES DE CÁLCULO DISTINTAS.

As bases de cálculo das multas isolada e de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, respectivamente, são distintas. Constatada a insuficiência de pagamento de estimativas e de pagamento do tributo, verifica-se a ocorrência de duas infrações.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

LANÇAMENTO DECORRENTE

A decisão relativa ao auto de infração de IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL uma vez que ambos os lançamentos, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção para os

quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo das multas isoladas o valor do ágio referente à Telemig. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário quanto à amortização dos ágios, excesso de dedução de juros sobre capital próprio e incidência das multas isoladas. Vencidos os Conselheiros Marcelo José Luz de Macedo, André Luís Ulrich Pinto e Fellipe Honório Rodrigues da Costa.

Sala de Sessões, em 11 de junho de 2024.

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Mauricio Novaes Ferreira, Marcelo Jose Luz de Macedo, Andre Luis Ulrich Pinto, Roney Sandro Freire Correa, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Leonardo de Andrade Couto (Presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto por TELEFÔNICA BRASIL SA visando reformar o acórdão nº 109-005.375, proferido em 05/04/2021 pela 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) 09, que considerou parcialmente procedente impugnação em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios.

O registro de ágio somente é aceitável se realizado entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação.

ÁGIO. PARTES RELACIONADAS. MINORITÁRIOS.

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

A presença de sócios minoritários diversos não altera a natureza intragrupo do negócio entre controladora e controlada.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

A majoração indevida do Patrimônio Líquido do contribuinte deve ser expurgada do cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio.

ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. DEDUÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A não comprovação de que o ágio pago tenha sido assentado na rentabilidade futura das participações societárias avaliadas; bem como não ter ocorrido a necessária confusão patrimonial da investidora e investida, impedem a sua dedução no cálculo das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas. O "evidente intuito de fraude" encontra-se presente nas definições de sonegação, fraude e conluio.

Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e/ou aplicação dos preceitos normativos.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

ESTIMATIVAS DE IRPJ NÃO PAGAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

Após encerramento do período de apuração do IRPJ pelo lucro real anual, com pagamento mensal sobre bases de cálculo estimadas, os valores mensais das estimativas de IRPJ não recolhidas ficam sujeitos à multa de 50%, exigida isoladamente.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. BASES DE CÁLCULO DISTINTAS.

As bases de cálculo das multas isolada e de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, respectivamente, são distintas. Constatada a insuficiência de pagamento de estimativas e de pagamento do tributo, verifica-se a ocorrência de duas infrações.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo, no que couber, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte**

A decisão recorrida considerou procedente a impugnação para afastar a qualificação da multa de ofício e, quanto a esta matéria, recorreu de ofício ao CARF.

Por bem representar o litígio até a data da decisão recorrida, e por economia processual, adoto o relatório produzido pela DRJ, complementando-o em seguida com os fatos ocorridos posteriormente:

RELATÓRIO

Trata o presente processo de autos de infração para exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 15252-15272) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 15273-15290 e fls. 15291-15301).

A base legal encontra-se às folhas acima citadas dos autos. O crédito tributário lançado encontra-se abaixo demonstrado:

Tributo	IRPJ	CSLL
Principal	2.180.178.225,55	812.599.291,44
Juros de Mora	533.049;501,76	202.632.721,50
Multa Proporcional	3.243.475.174,81	1.186.785.190,09
Multa Isolada	818.618.579,35	1.127.006,00
Total	6.775.321.481,47	2.504.683.656,23

Em resumo, os fatos relevantes descritos pela Fiscalização são os a seguir relatados (v. fls. 15304-15405):

1 – ASPECTOS PRELIMINARES

O contribuinte é pessoa jurídica de direito privado, atuando na prestação de serviços de telecomunicações registrada junto ao CNPJ com sede indicada na cidade de São Paulo – SP.

Este Termo de Constatação analisa amortizações indevidas de ágio realizadas pelo contribuinte durante os anos-calendário 2015, 2016 e 2017, originados de dois conjuntos de operações societárias:

- incorporação de ações da Vivo;
- aquisição e incorporação da GVT.

O contribuinte apresentou Escrituração Contábil Fiscal (ECF) para os anos-calendário 2015, 2016 e 2017, sempre optando pela apuração de seu resultado pelo Lucro Real Anual.

(...)

Em relação à glosa de ágio originado no processo de fusão entre a Telefônica e a Vivo, foram lavrados autos de infração anteriores, referentes aos anos-calendário 2011 (processo 16561.720225/2016-36), 2012 (processo 16561.720128/2017-24) e 2013 a 2014 (processo 16561.720129/2018-50).

Destaque-se que o processo 16561.720225/2016-36 que, como já mencionado no parágrafo anterior, trata da glosa de amortizações de ágio originado no processo de incorporação da Vivo, realizadas pelo contribuinte no ano-calendário 2011, já foi julgado administrativamente no CARF, tendo sido expedido o Acórdão nº 1302-003.381 que considerou procedente o lançamento do IRPJ e da CSLL sobre as amortizações indevidas.

2 - RESUMO DA AUTUAÇÃO

O presente auto de infração constitui crédito tributário em razão de glosa de amortizações indevidas de ágio realizadas pela Telefônica Brasil SA (contribuinte), durante os anos-calendário 2015, 2016 e 2017, originados da incorporação da Vivo, e da aquisição e incorporação da GVT, bem como decorrentes de excesso nos limites de distribuição de Jutos sobre o Capital Próprio.

O ágio decorrente da operação Vivo teve origem em operação de incorporação de ações da Vivo Participações. Contudo, a operação de incorporação de ações foi idealizada e decidida pela Vivo Participações e pelo contribuinte Telefônica Brasil SA, sendo que, nesta época, a Telefônica Brasil SA já era controladora da Vivo Participações. Sendo assim, conforme ser amplamente demonstrado neste Termo, esta operação é, na verdade, uma operação envolvendo partes interdependentes, gerando ágio artificialmente combinado entre as partes. Dessa forma, trata-se de ágio de origem intra-grupo, com elementos de simulação, não sendo passível de amortização.

Já o ágio decorrente da aquisição da GVT teve origem na compra da empresa GVT pela empresa espanhola Telefônica SA, líder global do Grupo Telefônica no mundo. Contudo, apesar da empresa espanhola Telefônica SA ter negociado, financiado e efetivado a operação de compra da GVT, a Telefônica SA informou ao mercado na Espanha e formalizou contrato de forma que figurou como compradora a empresa brasileira Telefônica Brasil SA. Isto causou um deslocamento ilícito do ágio da empresa espanhola Telefônica SA para a empresa brasileira Telefônica Brasil SA. Ocorre que, neste caso, o adquirente de fato do grupo GVT é a empresa espanhola Telefônica SA, que não tomou parte, em nenhum momento, em processos de incorporação no Brasil. Sendo assim, não estão presentes os requisitos necessários para amortização deste ágio.

Tendo em vista as amortizações indevidas de ágio realizadas pelo contribuinte, as apurações realizadas nesta fiscalização, detalhadas neste Temo, resultaram no lançamento de ofício de IRPJ e CSLL apurados em decorrência da glosa das amortizações indevidas de ágio realizadas pela empresa Telefônica Brasil SA (contribuinte) entre 2015 e 2017, controlado por este processo.

(...)

4 - O GRUPO TELEFÔNICA

O contribuinte TELEFÔNICA BRASIL SA, CNPJ 02.558.157/0001-62, é uma empresa brasileira indiretamente controlada pela empresa espanhola TELEFÔNICA SA, do setor de telecomunicações.

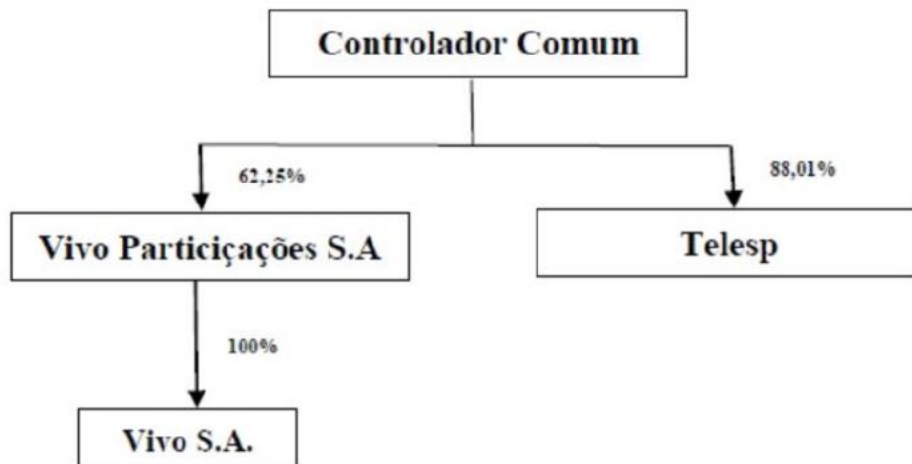
De acordo com o artigo 2º de seu Estatuto Social consolidado em 12/03/2015, o sujeito passivo tem por objeto social, dentre outras atividades, a exploração de serviços de telecomunicações, o desenvolvimento das atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas, bem como a constituição de subsidiárias integrais e a participação no capital de outras empresas.

(...)

7.2. SÍNTESE DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS DE INTERESSE E DA INFRAÇÃO FISCAL APONTADA

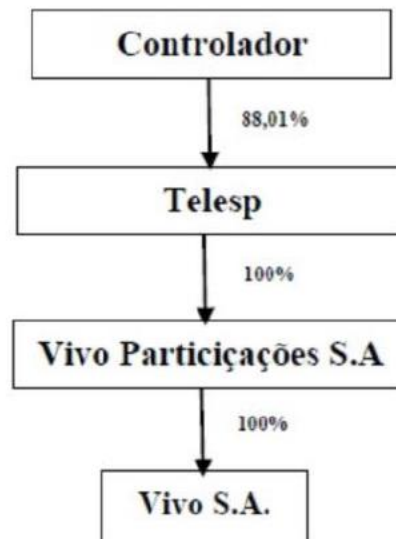
*O presente Termo de Verificação Fiscal tem por objeto relatar o surgimento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, oriundo da operação de incorporação de ações da **Vivo Participações S/A**, CNPJ nº 02.558.074/0001-73, pela então **Telesp** (hoje **Telefônica Brasil S/A**) ocorrida em 27/04/2011, bem como demonstrar que as amortizações desse ágio - tributariamente aproveitadas a partir da extinção da **Vivo Participações S/A** em face de sua incorporação pela **Telefônica Brasil S/A** em 03/10/2011 – teriam reduzido ilegalmente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL deste sujeito passivo.*

Nos quadros seguintes - apenas para fins de prover referências e assim facilitar a compreensão -, isolamos e retratamos esquemática e sinteticamente, a sequência de eventos societários que deram causa ao surgimento do ágio interno e que teriam feito preencher os requisitos legais para o aproveitamento fiscal de sua amortização, no entendimento do sujeito passivo. Observe-se que as operações aqui retratadas e simplificadas ao extremo serão melhor detalhadas no decorrer deste relatório fiscal.

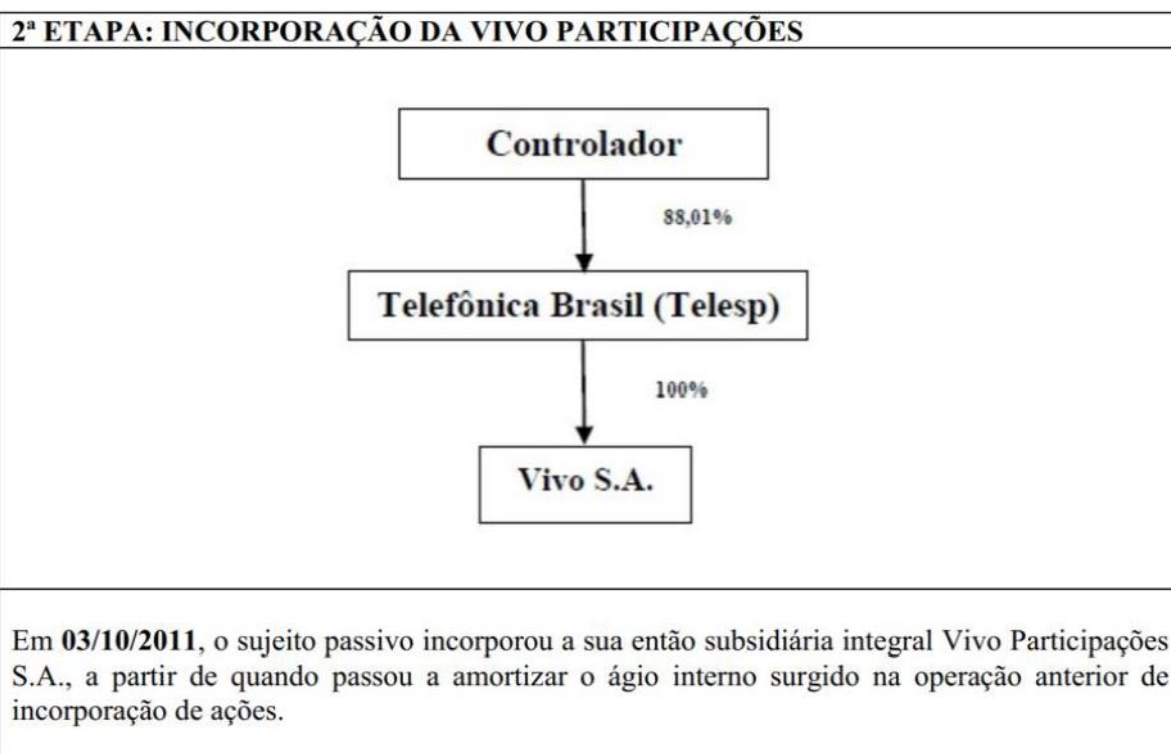
SITUAÇÃO INICIAL: EMPRESAS SOB CONTROLE COMUM

Após uma série de operações societárias, referidas como “etapas preparatórias” para a operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. pelo sujeito passivo, a configuração societária que antecede a incorporação de ações ocorrida em **27/04/2011** demonstra que ambas

as empresas envolvidas na operação estavam sob um controle comum, dentro de uma complexa cadeia de controle encabeçada pela empresa espanhola Telefônica S.A.

1ª ETAPA: INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES

Em **27/04/2011** o sujeito passivo incorporou as ações da Vivo Participações S.A., tornando-se esta sua subsidiária integral. Em decorrência dessa operação societária, o sujeito passivo contabilizou um ágio no montante de **RS 22.211.356.891**.



7.3. DA DESCRIÇÃO DOS FATOS

Feita a descrição esquemática das “reorganizações societárias”, a qual servirá de referência para facilitar a visualização e compreensão da sequência de eventos societários, passamos ao detalhamento da cronologia e características das operações societárias que ensejaram o surgimento do ágio interno e o ilegítimo aproveitamento dos efeitos fiscais, na apuração do IRPJ e CSLL, decorrentes dos reconhecimentos indevidos desse ágio na contabilidade e dos ajustes nos livros fiscais do sujeito passivo, referentes a sua amortização.

7.3.1. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES

(...)

A Ata da 32ª Assembléia Geral Extraordinária da TELESP, realizada em 27/04/2011, bem como a Ata da Assembléia Geral Extraordinária da Vivo Participações S/A, também realizada em 27/04/2011, registram a decisão de se proceder à operação de incorporação de ações da Vivo Participações pelo sujeito passivo, com a aprovação do aludido Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação, bem como dos laudos de avaliação que fundamentaram os valores das empresas envolvidas na transação.

No momento em que teve suas ações incorporadas pelo sujeito passivo, a Vivo Participações S/A detinha participação societária de 100% no capital social da operadora Vivo S/A, de modo que, concluído o evento societário que teve por objetivo unificar a base acionária da Vivo Participações S/A e

da Telefônica Brasil S/A, esta passou a deter a totalidade das ações da Vivo Participações S/A e, conseqüentemente, o controle indireto e integral da Vivo S/A.

De acordo com o item 2.2 do Fato Relevante, a incorporação de ações não provocou alterações na quantidade e na composição por espécie das ações da Vivo Participações S/A que passaram a ser detidas pelo sujeito passivo. Como contrapartida, os acionistas titulares de ações ordinárias e preferenciais da Vivo Participações S/A, incorporadas ao patrimônio do sujeito passivo, receberam novas ações da mesma espécie (ordinárias ou preferenciais) emitidas pela incorporadora (sujeito passivo) em favor dos respectivos titulares.

Com a incorporação das ações da Vivo Participações S/A, o capital social do sujeito passivo, à época Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP, passou de R\$ 6.575.479.854,14 para R\$ 37.798.109.745,03, mediante lançamentos contábeis a débito de uma conta de investimento (R\$ 9.011.273.028,79), referente ao patrimônio líquido de Vivo Participações S/A, a débito de uma conta de ágio (R\$ 22.211.356.862,10) e a crédito de capital social (R\$ 31.222.629.890,89).

O laudo de avaliação da Vivo Participações S/A que fundamentou o ágio reconhecido contabilmente no sujeito passivo, datado de 25/03/2011, foi elaborado pela Planconsult com base no método de fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, o qual concluiu que o valor econômico das ações da empresa avaliada seria de R\$ 31.222.629.890,89.

O item 4 do aludido laudo de avaliação observa que:

“4. PREMISSAS ADOTADAS PARA O FLUXO DE CAIXA

As informações utilizadas na presente avaliação da VIVO PART tiveram como principal origem os balanços analíticos dos exercícios de 2009 a 2010 e **projeções estratégicas, complementadas com outras**, tais como, investimentos, endividamento, impostos, despesas administrativas, despesas comerciais e previsão de evolução, **todas elas fornecidas pelos administradores da VIVO PART.” (grifo nosso)**

Portanto, as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas fornecidas pela sua própria administração, mas não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não relacionadas, considerando que a empresa avaliada era controlada direta e indiretamente pelo mesmo controlador do sujeito passivo, incorporador das ações da Vivo Participações S/A, como veremos mais adiante.

7.3.2. EXTINÇÃO DA VIVO PARTICIPAÇÕES, INCORPORADA PELO SUJEITO PASSIVO

Em 03/10/2011, decorridos em torno de seis meses da incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo - evento descrito no subitem anterior -, foi aprovada a incorporação daquela subsidiária integral por esta sua controladora, (...)

(...)

7.4. DO ÁGIO SURGIDO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA VIVO PARTICIPAÇÕES PELO SUJEITO PASSIVO

(...)

Assim, segundo o Laudo de Avaliação da Vivo Participações S/A, elaborado pela Planconsult, o valor econômico da empresa avaliada com base no método do fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, era de R\$ 31.222.629.890,89.

Empresa: Vivo Participações S/A	
Valor total da empresa (R\$)	31.222.629.890,89
Quantidade de ações	399.590.102
Valor por ação (R\$)	78,14

Instada a demonstrar, no âmbito do procedimento fiscal encerrado e formalizado sob o PAF nº16561.720128/2017-24, a apuração do ágio surgido na operação de incorporação de ações da Vivo Participações S/A, bem como a apresentar o balanço patrimonial que serviu de referência para o cálculo desse ágio, o sujeito passivo apresentou elementos que indicam que demonstram que o patrimônio líquido era de R\$ 9.011.273.028,79 na data adotada como referência. A partir desses dados, o ágio apurado na operação foi assim demonstrado:

Apuração do ágio	
Valor Econômico da Vivo Part. S/A (A)	31.222.629.890,89
Valor patrimonial (B)	9.011.273.028,79
Ágio na incorporação de ações (A - B)	22.211.356.862,10

Conforme esclarece o sujeito passivo na planilha "Aba 4" do aludido arquivo em formato Excel, o reconhecimento contábil da operação de incorporação de ações ocorrida em 27/04/2011 foi feito mediante os seguintes lançamentos contábeis:

Conta	Lançamento	Valor
14111140	D - Investimento VPAR - Patrimônio Líquido Ajustado	9.011.273.000
14111214	D - Ágio	22.211.356.891
25111000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (ON)	(10.725.753.775)
25112000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (PN)	(20.496.876.116)

A partir desses lançamentos contábeis é possível concluir que não houve qualquer sacrifício financeiro (pagamento), e nem mesmo econômico - como veremos adiante -, no evento societário que originou o ágio acima destacado, e seu surgimento nos livros contábeis somente ocorreu em face do sujeito passivo ter incorporado as ações da Vivo Participações S/A pelo seu valor subjetivamente avaliado, a partir de premissas fornecidas pela administração da própria empresa avaliada, segundo algum critério que teria aferido seu potencial de lucratividade futura, numa operação “não caixa” que não envolveu qualquer desembolso entre as empresas transacionadas, submetidas a um mesmo controlador comum, que também será melhor detalhado adiante.

O sujeito passivo esclarece ainda que promoveu uma alocação desse ágio surgido na operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. aos ativos identificáveis adquiridos e passivos assumidos, sendo que somente a parcela remanescente desse montante após as alocações permaneceu registrada como goodwill, buscando-se, com esse procedimento, conforme resposta do sujeito passivo (Doc. 03) ao Termo de Intimação nº 5 do PAF nº 16561.720128/2017-24, a convergência aos padrões internacionais de contabilidade (IFRS) preconizada pela Lei nº 11.638/07. A alocação do ágio entre mais valia e goodwill foi demonstrada na “Aba 01” do aludido arquivo em formato Excel, conforme reproduzimos abaixo:

Ágio	22.211.356.891
Alocação	
Licença	12.876.000.000
Marca	1.642.000.000
Carteira de clientes	2.042.000.000
Contingências	- 283.328.000
Goodwill	5.934.684.862
Total	22.211.356.891

Curioso observar que o sujeito passivo promoveu essas alocações do ágio entre mais valia e goodwill em 30/06/2011, mediante lançamentos contábeis na Conta 14111214 – Vivo Participações, revertidas com lançamentos de estorno no dia seguinte, em 01/07/2011, mesmo porque, pelo Princípio Contábil da Entidade, os ditos ativos identificáveis e passivos

assumidos pertenciam à sua subsidiária integral Vivo Participações S.A., e não ao sujeito passivo, pelo menos até que o investimento fosse extinto por incorporação pela investidora.

Dessa forma, entendendo que não preenchia os requisitos legais para o aproveitamento tributário, as amortizações do ágio registradas contabilmente até 30/09/2011, na Conta 14111214 – Vivo Participações, foram lançadas em contrapartida da Conta 31982420 – Equivalência Patrimonial, de modo a não gerar efeitos na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Somente com a incorporação da Vivo Participações S.A. em 03/10/2011, o sujeito passivo procedeu em definitivo a alocação do ágio aos ativos e passivos recebidos da então extinta subsidiária integral, conforme se verifica dos lançamentos contábeis registrados em 31/10/2011 na referida Conta 14111214 – Vivo Participações, porém em valores já descontados das amortizações reconhecidas contabilmente até 30/09/2011, a partir de quando passou a aproveitar tributariamente as amortizações desse ágio.

Alocação	
Licença	12.644.000.000,00
Marca	1.599.897.435,89
Carteira de clientes	1.917.716.871,35
Contingências	- 269.965.932,09
Goodwill	5.934.684.862,00
Total	21.826.333.237,15

7.4.1. DA NATUREZA INTRAGRUPO DO ÁGIO GERADO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Para a caracterização da natureza intragrupo do ágio gerado na operação de incorporação das ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo é necessário que se examine a evolução da estrutura societária em que aludidas empresas faziam parte.

A Vivo Participações S/A era controlada pela Brasilcel N.V., sociedade com sede na Holanda, que por sua vez era detida na proporção de 50% pela Telefônica S/A, sociedade com sede em Madri, Espanha, e 50% pela Portugal Telecom SG SGPS, S.A., sociedade com sede em Lisboa, Portugal.

A empresa sediada na Holanda, Brasilcel N.V., era, portanto, uma empresa holding que, desde 2001, serviu de veículo para a realização de uma joint venture entre o grupo espanhol Telefônica e o grupo português Portugal Telecom para deter as ações e exercer o controle conjunto de companhias operadoras de telefonia celular no Brasil encabeçada pela Vivo Participações S/A.

Em **28/07/2010**, foi assinado um acordo segundo o qual a Telefônica S/A concordou em adquirir 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., o que resultaria na aquisição indireta das ações da Vivo Participações S/A.

A operação de aquisição das ações da Brasilcel N.V. foi aprovada pelo Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel em reunião realizada em 23 de setembro de 2010, formalizada por meio do Ato nº 6235, de **27/09/2010**, conforme noticiado no Edital de Oferta Pública para Aquisição de Ações Ordinárias de Emissão da Vivo Participações S.A., publicado em 17/02/2011.

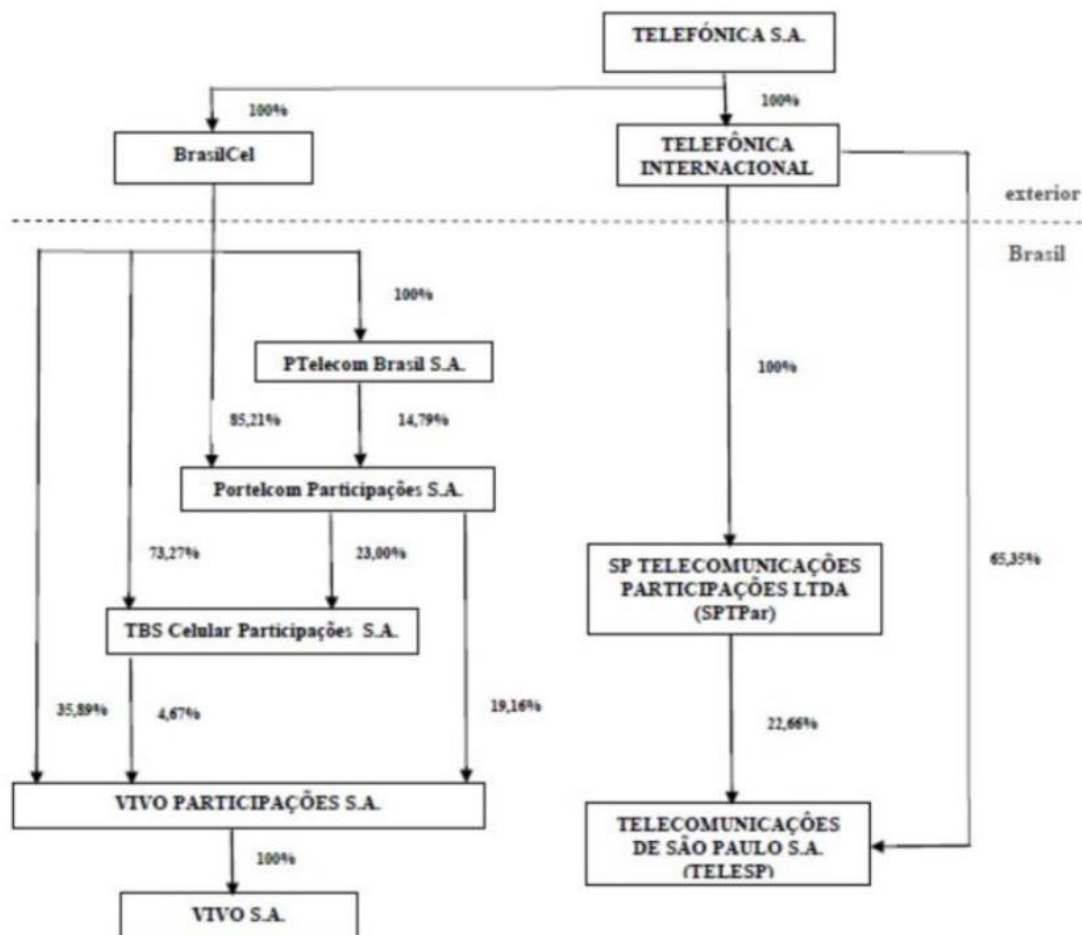
Aludidas deliberações envolvendo a alienação das ações da Brasilcel N.V. foram tornadas públicas por meio dos fatos relevantes datados de **28/07/2010** e de **27/09/2010** (Doc. 19), conforme explica o item 4 das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis da Telefônica Brasil S.A., dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2011 e 2010.

O mesmo item 4 das aludidas Notas Explicativas consigna que a Brasilcel N.V. foi incorporada pela Telefônica S.A. em **21/12/2010**, quando a incorporadora espanhola, na condição de única controladora da Vivo Participações, já detinha participação societária direta e indireta de aproximadamente **60%** do capital social desta empresa brasileira.

Embora o Grupo Telefônica entendesse que a aquisição de 50% das ações emitidas pela Brasilcel N.V. de propriedade da Portugal Telecom SG SGPS, S.A., não implicava alienação de controle, mas tão somente saída de um dos membros do bloco de controle, resolveu observar os procedimentos estabelecidos no artigo 254-A da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, diante do questionamento da área técnica da CVM quanto à realização de oferta pública de aquisição de ações (OPA) por alienação de controle.

De acordo com o aludido artigo 254-A da Lei das Sociedades por Ações, o adquirente do controle de companhia aberta se obriga a realizar oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, assegurando-lhes o preço mínimo de 80% do valor pago pelas ações do bloco de controle.

Figura 1. Organograma da estrutura societária após aquisição de 50% da BrasilCel pertencente à Portugal Telecom SG SGPS, S.A. pela Telefônica S.A. (27/09/2010)
 (*) Fonte: Relatório de Análise nº 221/2011-GCJV da Anatel, de 18/03/2011



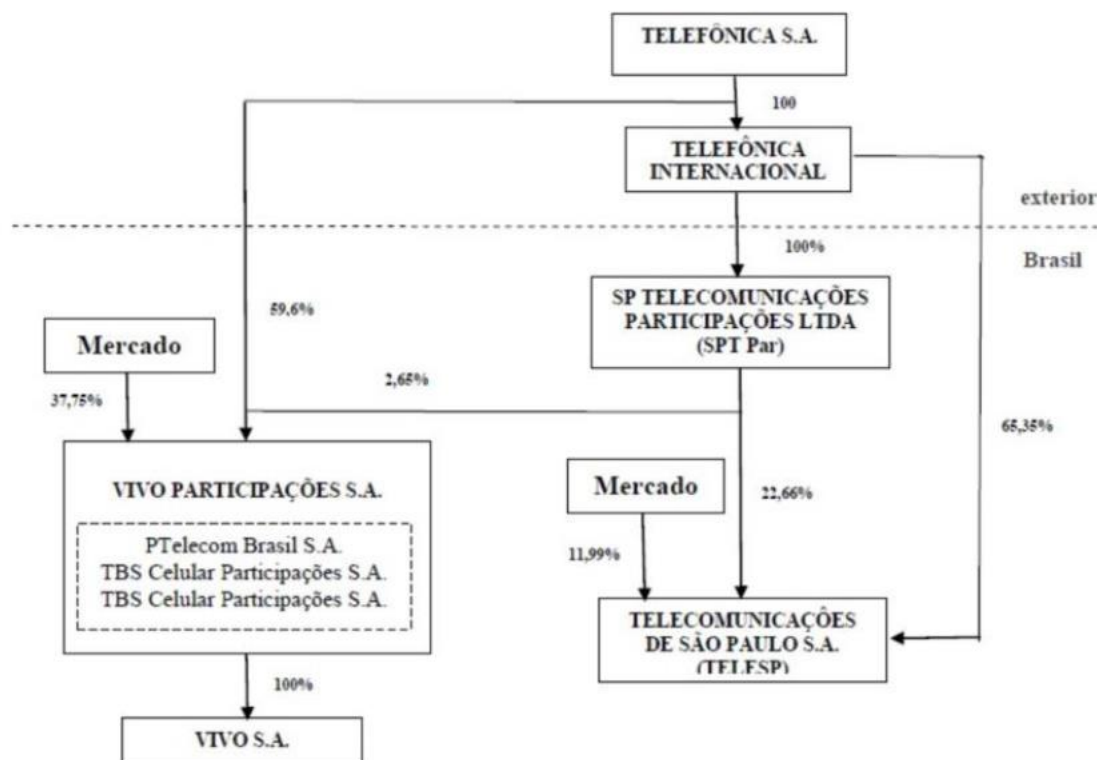
(...)

(...) quando da realização das reuniões dos conselhos de administração da Vivo Participações S.A. e do sujeito passivo em **27/12/2010**, em que foi deliberado acerca do início do processo de reestruturação societária concernente à incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo - conforme Ata da 186ª Reunião do Conselho de Administração da Telecomunicações de São Paulo S.A., e Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Vivo Participações S.A., **ambas as empresas estavam sob o controle comum da espanhola Telefônica S.A..**

(...)

Efetivada essa etapa preparatória, a configuração societária no instante que antecede a incorporação de ações da Vivo Participações S/A pelo sujeito passivo, ocorrido também em 27/04/2011, pode ser demonstrada graficamente conforme a seguir:

Figura 2. Organograma da estrutura societária em 27/04/2011, após a incorporação das holdings brasileiras pela Vivo Participações e antes da incorporação de suas ações pelo sujeito passivo



Conclui-se, portanto, que à época da aprovação da proposta de reestruturação societária em 27/12/2010, assim como no momento da concretização da operação de incorporação de ações da Vivo Participações S.A. pelo sujeito passivo, em 27/04/2011, a espanhola Telefônica S.A. detinha o controle direto e indireto de ambas as empresas, possuindo participação societária de aproximadamente 62% do capital da Vivo Participações S.A. e de 88% do capital do sujeito passivo, quando adotava a denominação social Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp, de modo a caracterizar o ágio reconhecido contabilmente quando da operação de incorporação de ações como surgido internamente. Inquestionável, portanto, que o ágio surgido na operação possui natureza intragrupo.

(...)

7.5. INDEDUTIBILIDADE DOS ENCARGOS DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INTERNO

7.5.1 ENFOQUE CONTÁBIL E SOCIETÁRIO DO ÁGIO INTERNO

Conforme demonstrado no item 5.1, não restam dúvidas de que todas as empresas envolvidas na reestruturação societária que culminou com a incorporação das ações da Vivo Participações S.A., seguida de sua extinção

por incorporação também pelo sujeito passivo, estavam inseridas numa estrutura societária pertencente a um mesmo grupo empresarial, cuja cadeia de controle era encabeçada pela empresa espanhola Telefônica S.A., de sorte que o ágio surgido dessa combinação de negócios realizada entre empresas com vínculos de controle se caracteriza como ágio interno, conhecido também como ágio intragrupo.

(...)

O Pronunciamento Técnico CPC 15, ao dispor sobre o método de aquisição na contabilização de combinações de negócios, delimitou a aplicabilidade dessa metodologia em seu item 2 (c), o qual afastou explicitamente de seu alcance as combinações de negócios envolvendo empresas sob controle comum:

“Alcance

2. Este Pronunciamento é aplicável às operações ou a outros eventos que atenda à definição de combinação de negócios. Este pronunciamento não se aplica:

(...)

(c) em combinação de entidades ou negócios sob controle comum (os itens B1 e B4 contêm orientações adicionais).” **(grifo nosso)**

(...)

(...) a combinação de negócios envolvendo empresas sob controle comum, de caráter não transitório, ainda que haja a participação de acionistas não controladores (minoritários), qualquer que seja essa proporção, afasta a aplicabilidade do Pronunciamento Técnico CPC 15, e conseqüentemente do método de aquisição na mensuração e contabilização das operações societárias, de modo que fica afastada a adoção do valor justo na mensuração e contabilização das entidades ou negócios envolvidos na combinação, in verbis:

“Combinação de negócios de entidades sob controle comum – aplicação do item 2(c)

B1. Este Pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum. A combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum é uma combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.

(...)

B4. A extensão da participação de não controladores em cada entidade da combinação, antes ou depois da combinação de

negócios, não é relevante para determinar se a combinação envolve entidades sob controle comum. (...)

O tratamento contábil do ágio gerado na combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum também foi abordado no Pronunciamento Técnico CPC 04, o qual teve por escopo discorrer sobre a contabilização de ativos intangíveis. O item 48 do mencionado pronunciamento dispõe peremptoriamente que o ágio gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo, in verbis:

“Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (Goodwill) gerado internamente

48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.”

A partir dessas transcrições, extraídas dos referidos pronunciamentos técnicos, percebe-se que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, entidade autônoma criada pela Resolução CFC nº 1.055/05 que congrega membros e convidados oriundos da área privada, acadêmica e governamental para padronizar e disseminar estudos acerca de procedimentos de contabilidade, posiciona-se categoricamente contra o reconhecimento contábil do ágio gerado da combinação de negócios entre empresas relacionadas.

O órgão que criou o CPC, o Conselho Federal de Contabilidade – CFC, cujas atribuições previstas no Decreto-Lei nº 9.295/46 incluem a regulação acerca dos princípios contábeis e a edição de normas contábeis de natureza técnica e profissional, também havia se manifestado contrariamente ao reconhecimento do ágio interno, por meio da Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

*“120. O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado **internamente** (goodwill interno) é **vedado** pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.” (grifo nosso)*

A Resolução CFC nº 1.292/2010, que revogou a Resolução CFC nº 1.110/2007, manteve esse mesmo entendimento em seu item 125:

*“125. A NBC TG 04 – Ativo Intangível **proíbe o reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente**. Qualquer aumento no valor recuperável do ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) nos períodos subseqüentes ao reconhecimento de perda por desvalorização para esse ativo é equivalente ao reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill gerado internamente) e não reversão de perda por desvalorização*

reconhecida para o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill).” (grifo nosso)

A doutrina contábil predominante também rejeita o reconhecimento de um ágio formado internamente, assentado no entendimento de que a ausência de independência entre as partes interessadas no negócio impede a fixação do chamado valor justo a ser tomado como referência para o reconhecimento ou não da formação da mais-valia. Afinal, o efetivo valor econômico de uma empresa depende do que o mercado está disposto a pagar por ela, entendendo-se por mercado, todavia, um ambiente negocial livre e aberto, com a interveniência de agentes econômicos independentes.

Nesse sentido lecionam os professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, in A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Conseqüências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade (<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>) consoante excerto do referido artigo, a seguir transcrito:

“2. Contabilização do Ágio: Como fazê-la à luz da Teoria Contábil?”

*(...) Em síntese, o ágio (ou, por vezes, o deságio) surge do confronto entre o valor justo (fair value) de uma dada entidade (valor de saída), precificado por intermédio de uma transação envolvendo **terceiros independentes**, e o valor contábil (valor de entrada) do patrimônio líquido dessa mesma entidade (considerando, é claro, a participação acionária adquirida). Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão-só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço. (...)*

*Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, **é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante. (...)**”*

Dada a sua reconhecida competência técnica em questões contábeis e ativa atuação no mercado visando a proteção dos interesses dos investidores contra abusos cometidos por acionistas controladores, vale mencionar também o posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários – CVM acerca do ágio interno.

A CVM, uma autarquia vinculada ao Ministério da Economia com poderes para disciplinar, normatizar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários,

bem como a atuação de seus protagonistas, desempenha suas atribuições por meio de suas instâncias executivas, notadamente a Superintendência de Relações com Empresas – SEP e da Superintendência de Normas Contábeis e Auditoria – SNC, as quais atuam no estabelecimento de normas e padrões de contabilidade a serem observados pelas companhias abertas, na elaboração de pareceres sobre assuntos contábeis e de auditoria, bem como na fiscalização da observância às normas sobre atividades relacionadas à divulgação de informações pelas companhias abertas, só para citar algumas de suas principais responsabilidades.

Por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, as mencionadas superintendências desse importante órgão regulador e fiscalizador se manifestaram contrariamente à geração artificial de ágio interno em operações de reestruturação societária, especialmente incorporação de ações a valor de mercado de sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico, in verbis:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

*A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na **geração artificial de “ágio”**.*

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

*Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, **preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo.** Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (grifo nosso)

*Assim, posto que a incorporação de ações da Vivo Participações S.A. pelo sujeito passivo se deu entre duas empresas submetidas a um controlador comum - a espanhola Telefônica S.A. -, claro está que não existe a necessária independência das partes envolvidas na reestruturação societária, requisito essencial para caracterizar uma negociação legítima entre protagonistas com capacidade e predisposição para buscar o melhor acordo possível, num ambiente isento de ingerências e influências estranhas ao objetivo de maximizar os ganhos e minimizar os custos, inerente a processos de negociação legítimos amparados pelo princípio do **arm’s length**, citado na transcrição acima.*

*Nesse contexto, por não se caracterizar como uma transação independente, submetido ao princípio do **arm’s length**, não existiram as condições para que ocorresse uma mensuração confiável do valor transacionado e, por consequência, do ágio resultante da combinação de negócios envolvendo a Vivo Participações S.A. e o sujeito passivo, mormente por se tratar de uma operação de incorporação de ações, cujas particularidades dessa figura jurídica e o contexto em que se deram a negociação e decisão reforçam ainda mais a inadmissibilidade do ágio interno, como veremos mais adiante.*

(...)

7.5.2. ENFOQUE TRIBUTÁRIO DO ÁGIO INTERNO

(...)

Cabe aqui destacar que o contribuinte determinou a elaboração de diversos laudos de avaliação para fins das operações referentes à incorporação de ações da Vivo Participações e operações societárias subsequentes. Dentre estes laudos, destaque-se primeiramente o laudo realizado pela empresa Planconsult, que tem como fundamento econômico a rentabilidade futura, e o laudo Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., contendo a alocação

do preço de aquisição ao valor dos ativos tangíveis e intangíveis (aliás, conforme exigem as normas contábeis).

Vale observar a contradição do sujeito passivo ao instruir o lançamento contábil do reconhecimento do ágio interno com o Laudo de Avaliação da Vivo Participações, elaborado pela Planconsult, o qual tem como fundamento econômico a rentabilidade futura, para, posteriormente, lastrear em laudo diverso, denominado Relatório de Alocação do Preço de Compra elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., a contabilização da alocação do preço de aquisição ao valor dos ativos tangíveis e intangíveis (Purchase Price Allocation – “PPA”), mirando a adequação às diretrizes e regras que buscam a convergência aos padrões internacionais de contabilidade (IFRS) introduzidas pela Lei nº 11.638/07.

Ora, ou o ágio reconhecido contabilmente na incorporação das ações da Vivo Participações S.A. teve natureza de rentabilidade futura ou de intangíveis/fundo de comércio. Não pode ser os dois! A questão da fundamentação econômica é, via de regra, de suma importância, por derivar efeitos tributários diversos, a depender da natureza desse ágio.

De qualquer sorte, por se tratar de ágio com natureza intragrupo - surgido artificialmente no contexto de uma transação autocontratada, envolvendo partes submetidas a vínculos de controle e, portanto, resultante da imposição da única vontade atuando na operação, qual seja a do controlador comum -, o mesmo nem deveria ter sido reconhecido contabilmente como ativo, quanto mais gerar efeitos tributários, de modo que se afigura irrelevante, no caso, discutir o fundamento econômico desse ágio ilegítimo. Quando muito, servirá para atestar a má fé do sujeito passivo, a ser tratado no item reservado à qualificação da multa.

Não sendo admissível o reconhecimento contábil do ágio interno, o sujeito passivo, ao decidir pelo seu registro contábil, deveria ter anulado nos livros fiscais os efeitos das despesas contábeis de sua amortização, de modo a impedir quaisquer efeitos tributários igualmente ilegítimos, e não complementado por meio de ajustes fiscais (extracontábeis), aumentando ainda mais o montante de amortização aproveitado tributariamente!

Em suma, desprezando o fato do ágio ter sido gerado internamente, o sujeito passivo atribuiu o fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura à totalidade desse ágio e, ignorando a posterior alocação do preço de aquisição ao valor dos ativos tangíveis e intangíveis promoveu o aproveitamento fiscal da amortização desse ágio, como se amortizável fosse na sua integralidade.

Feitas essas considerações, cumpre examinar o regramento aplicável ao ágio inserido na legislação do IRPJ e da CSLL

Preliminarmente, ainda que o lucro real não se confunda com o lucro contábil, a base de cálculo do IRPJ é apurada a partir do resultado contábil, acrescido dos ajustes admitidos pela legislação vigente, conforme se depreende do caput e § 1º, do art. 247 do RIR/99:

(...)

E, por força do art. 57 da Lei nº 8.981/95, o qual estende à CSLL as mesmas regras aplicáveis ao IRPJ, a base de cálculo da CSLL não pode igualmente ser reduzida pela amortização de ágio interno:

(...)

O tratamento contábil e tributário do ágio encontra-se disciplinado nos artigos 385 e 386 do RIR/99, dos quais se depreende que o ágio, como preço adicional, surge em aquisições de participações societárias por um montante superior ao valor contábil retratado nas demonstrações financeiras das sociedades investidas, e seu registro na contabilidade da investidora decorre do desdobramento desse custo de aquisição. (...)

Na essência, o ágio fundamentado em rentabilidade futura, de que trata o § 2º, inciso II, acima, equivale ao sacrifício financeiro ou econômico adicional, mensurado como a diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil, e pode ser entendido como a parcela do custo de aquisição suportado pela investidora que corresponde ao direito de participar dos lucros futuros que não se achavam refletidos na escrituração da investida.

O mecanismo de amortização do ágio pago com o fundamento econômico de perspectiva de rentabilidade futura, na apuração de resultado da investidora, assume a função de neutralizar as receitas de equivalência patrimonial decorrentes da rentabilidade realizada na investida, impedindo assim que a investidora reconheça ganhos inexistentes, posto que, sob a perspectiva desta, o sobrepreço suportado na aquisição representa nada mais do que um pagamento prévio pelos lucros vindouros da investida, de modo que não haveria lucros a reconhecer na investidora enquanto ocorrer a mera recuperação do ágio pago.

Ora, o sujeito passivo não incorreu em nenhum sacrifício financeiro ou econômico que justificasse o reconhecimento de um ativo representando os lucros futuros do investimento adquirido - ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura -, de modo que caberia ao sujeito passivo tão somente reconhecer os lucros da investida pelo método da equivalência patrimonial, sem reconhecer o ágio em seu ativo intangível e muito menos aproveitar tributariamente da redução das bases imponíveis por força da amortização contábil e/ou fiscal desse ativo ilegítimo.

Como reiteradamente mencionado, esse ágio de natureza intragrupo, indevidamente registrado na contabilidade do sujeito passivo, foi forjado a partir de meras providências formais e contábeis, no contexto de uma

autocontratação envolvendo empresas sob controle comum e, portanto, submetidas à imposição da única vontade atuante na transação - a do controlador comum -, sem que se tenha havido quaisquer sacrifícios financeiros ou econômicos, numa torpe manobra para reduzir tributos.

Não se verificando um sacrifício financeiro ou econômico que dê suporte ao sobrepreço na aquisição de um investimento, são inadmissíveis o registro contábil do ágio e, muito menos, o seu aproveitamento fiscal, o qual tem por pressuposto a existência de custo de aquisição, conforme se depreende do artigo 386 do RIR/99 (...)

(...)

Assim, ao se adotar os valores constantes dos laudos de avaliação - em detrimento da contabilização pelos valores escriturados nos livros contábeis, mandatária em transações envolvendo partes relacionadas -, os patrimônios das empresas transacionadas indevidamente infladas, quando confrontados com seus respectivos valores escriturados nos livros contábeis, dão causa ao surgimento artificial do ágio interno, o qual se reputa inexistente por carecer de aplicação de capital que legitime o seu reconhecimento contábil.

Ora, criar “gorduras” mediante superestimação simultânea dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na operação de incorporação de ações, com base em laudos de avaliação inevitavelmente aprovados por imposição da vontade prevalente do controlador comum, para que sejam mutuamente compensadas nas quitações efetivadas por meio de transferências das respectivas ações superavaliadas, não configura em nenhuma hipótese o esforço ou sacrifício econômico requerido para legitimar o reconhecimento contábil do ágio, com suas repercussões tributárias.

Portanto, sem o requerido sacrifício econômico ou financeiro, não se pode atribuir um custo de aquisição ao ativo registrado, representativo dos lucros futuros do investimento (ágio por rentabilidade futura), de modo que se reputa ilegítimo o ágio interno e, assim sendo, não se enquadra na hipótese descrita na norma autorizadora do aproveitamento fiscal da amortização do ágio, devendo necessariamente ser glosado.

*O intuito de se aproveitar das vantagens tributárias indevidas, advindas da geração artificial desse ágio interno, na forma de redução das bases imponíveis pelos ajustes promovidos na escrituração fiscal, fica ainda mais evidente quando se verifica que **não houve quaisquer recolhimentos de tributos** incidentes sobre o reverso do ágio, que é o **ganho de capital**.*

(...)

Inaceitável, portanto, sob todos os ângulos analisados, o ágio interno surgido de uma combinação de negócios envolvendo empresas submetidas

a vínculos de controle, sem o devido sacrifício econômico que o legitime, em face da possibilidade de abusos e distorções tendentes a gerar artificialmente vultosos ágios além de, como será abaixo demonstrado, majorar a base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio – JSCP ou JCP, com potencial de gerar expressivos danos ao Erário. Afinal, se não existe ônus, mas somente bônus, o limite para a geração de economia tributária ilegítima pela superestimação artificial dos patrimônios é a própria consciência e o risco de sofrer sanções de natureza tributária e penal.

(...)

Concordar com a dedutibilidade tributária dos encargos de amortização do ágio gerado internamente sem sacrifício financeiro ou econômico seria perenizar um tipo de evasão fiscal, uma vez que a legislação vigente não ampara esse tipo de dedução nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL artificialmente criada, e, portanto, inexistente. Criar-se-ia um benefício fiscal derivado de uma transação autocontratada, em bases e condições autoestabelecidas, cujo custo foi rigorosamente zero, configurando um benefício fiscal sem previsão legal advindo de um ativo intangível (ágio interno) pelo qual nada se pagou.

Ademais, a ilegitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio interno indevidamente reconhecido na contabilidade - ou “criado”, como queira -, sem que a investidora tenha incorrido num sacrifício financeiro ou econômico, fica evidente quando se imagina que, apenas por meio de registros contábeis retratando laudos de avaliação produzidos para fundamentar operações societárias autocontratadas, o contribuinte pudesse, ao seu arbítrio e conveniência, reduzir ou até se eximir totalmente do pagamento de tributos, bastando para tanto gerar ágios internos para posterior aproveitamento fiscal da amortização contábil e/ou tributário desse ágio (“inexistente”), bem como da despesa de JCP, calculada sobre uma base de cálculo artificialmente inflada.

A impossibilidade de amortização dos ágios aqui analisados (ágio gerado internamente) é tão evidente que a Lei nº 12.973/2014, em seu Art. 22, positivou de forma cristalina esta vedação, de modo a evitar tentativas astuciosas de criação de ágios artificiais.

Lei nº 12.973/2014:

*Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) **decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na*

data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;

II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.

§ 2º O laudo de que trata o inciso I do § 1º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 1º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes.

Observa-se claramente que a nova redação legal deixa claro a impossibilidade de aproveitamento de ágio gerado em operação envolvendo empresas interdependentes, que é o caso aqui analisado. Conforme já foi exaustivamente detalhado neste Termo, esta positividade trazida pela Lei 12.973/2014 somente clareou o que o ordenamento jurídico sempre reprimiu: não se pode admitir a criação artificial de ágio, sem que este ágio tenha representado efetivo ônus financeiro.

Diante do exposto, faz-se necessário efetuar o lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL dos encargos de amortização do ágio interno indevidamente aproveitados tributariamente nos anos-calendário de 2015 a 2017 pelo contribuinte, tanto por meio de dedução de despesa contábil quanto na forma de exclusão no LALUR e LACS, conforme evidenciado no "Demonstrativo de Amortizações de Ágio Glosadas", que faz parte integrante deste Termo.

8. EXCESSO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO E SUA INDEDUTIBILIDADE

Outro potencial benefício tributário advindo do indevido reconhecimento contábil do ágio interno, decorrente da superestimação simultânea dos patrimônios das empresas relacionadas envolvidas na "autocontratada" operação de incorporação de ações, consiste na indevida majoração da base de cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP).

Os Juros sobre o Capital Próprio encontram sua fundamentação legal no art. 9º da Lei nº 9.249, de 26/12/95, o qual estabelece que a sua apuração se dá mediante aplicação da variação pro rata dia da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP sobre o valor do patrimônio líquido da empresa que está remunerando seus acionistas, bem como condiciona a dedutibilidade dessas despesas, para fins de apuração do lucro real, à observância de determinados limites e regras:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

Dessa forma, na situação em que ações de uma empresa são transferidas para a empresa incorporadora, no contexto de uma operação “autocontratada” de incorporação de ações (por envolver empresas submetidas a controle comum) em que os patrimônios de ambos são superestimados, o capital social da empresa incorporadora, no momento do registro contábil das ações recebidas, sofre uma indevida majoração na mesma magnitude do ágio interno artificialmente reconhecido em seu ativo diferido.

E é exatamente essa parcela do capital social artificialmente majorada que tem o potencial de gerar economia tributária, a qual, por compor o Patrimônio Líquido, base de cálculo da remuneração sobre o capital próprio, tem como efeito direto o de elevar ilegitimamente o limite calculado de acordo com o estabelecido no caput do art. 9º da Lei nº 9.249, de 26/12/95, acima transcrito, ensejando uma maior despesa de JCP.

No presente caso, houve efetivamente uma apuração a maior de despesa de JCP no ano-calendário 2015, em decorrência da majoração ocorrida no patrimônio líquido. No entanto, da mesma forma que o ágio interno não deve gerar benefícios tributários traduzidos em aproveitamento fiscal dos encargos de sua amortização, a parcela do capital social indevidamente inflada, na mesma proporção do ágio interno artificialmente reconhecido no ativo diferido, deve ser igualmente expurgada da base de cálculo do JCP, por se tratarem de meras ficções contábeis, sem substância econômica, conforme já exaustivamente explanado.

Importante salientar, ainda que as despesas com Juros sobre o Capital Próprio são limitadas a 50% do lucro líquido do exercício antes da dedução

dos juros, caso estes sejam contabilizados como despesa e a 50% do somatório dos lucros acumulados e reservas de lucros.

Sendo assim, procede-se, também, o lançamento de ofício da glosa de despesa de Juros sobre o Capital Próprio excedente aos limites legais, conforme evidenciado no Demonstrativo de Apuração dos Juros sobre o Capital Próprio e no Demonstrativo de JSCP Creditado e TJLP, que fazem parte integrante deste Termo.

8 – AQUISIÇÃO E INCORPORAÇÃO DA GVT PARTICIPAÇÕES

8.1 - A EMPRESA GVT

(...)

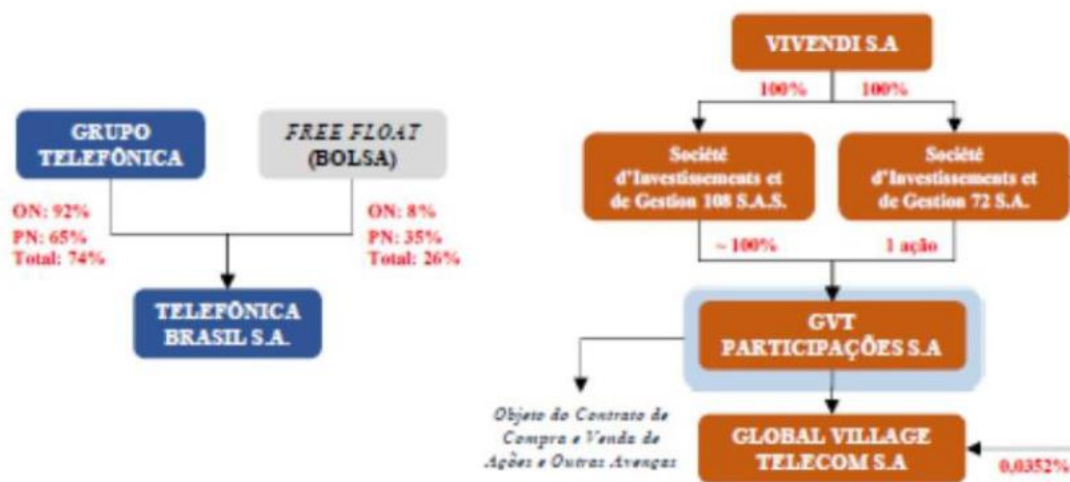
A GVT tornou-se uma subsidiária do Grupo francês Vivendi a partir de 2009, quando o grupo adquiriu o controle acionário da empresa.

Em 2015, o controle acionário da GVT foi vendido pela Vivendi à Telefônica. Esta operação de venda da GVT, e a posterior incorporação da GVT Operadora e de outras empresas holdings ligadas à GVT pela Telefônica é objeto de análise nesta ação fiscal.

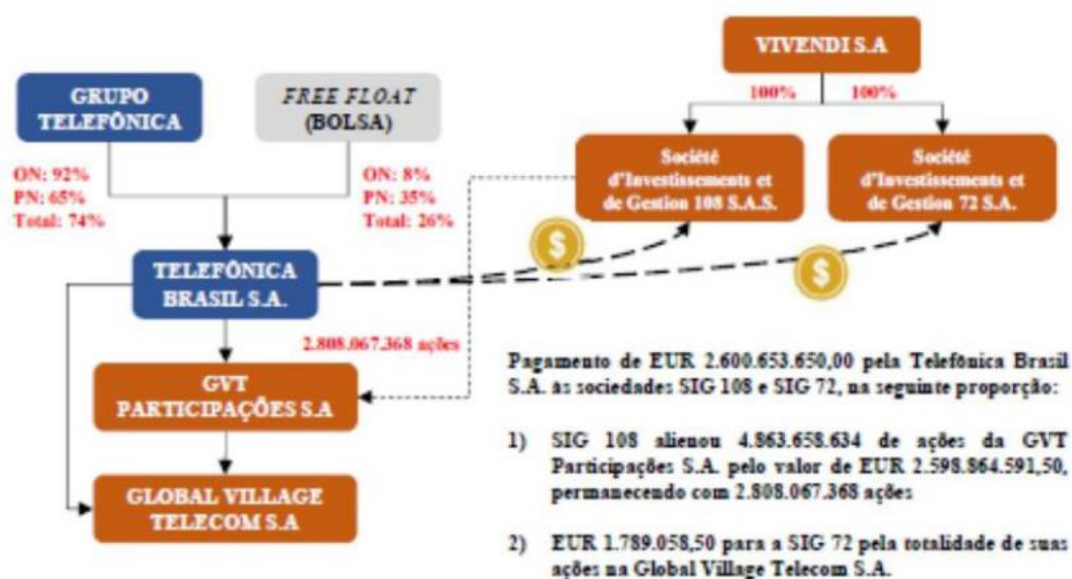
8.2 - AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DA GVT

(...)

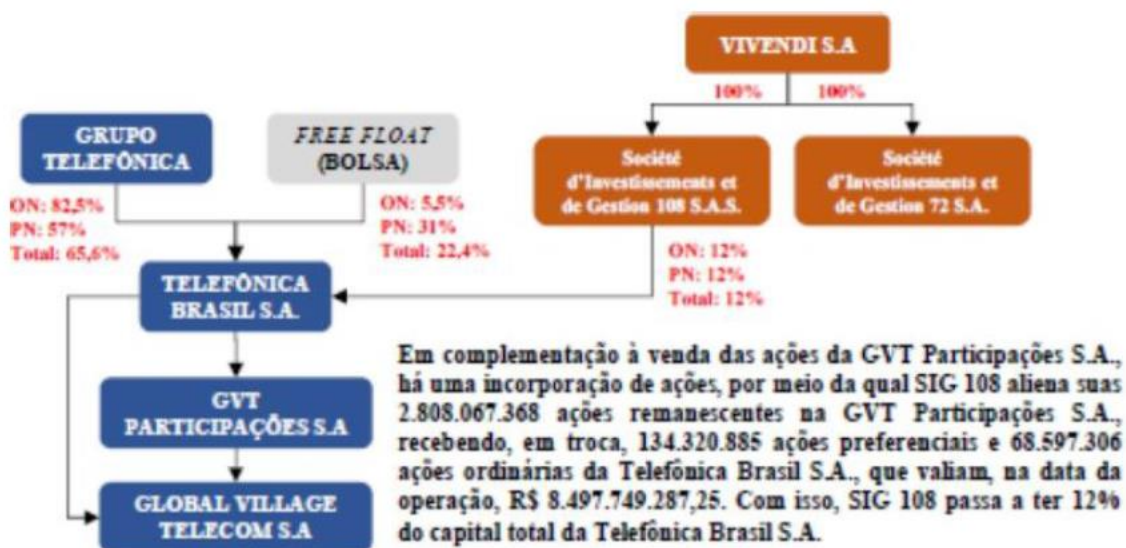
VI. A seguir, a situação anterior à aquisição do grupo GVT pela TELEFÔNICA (organograma encaminhado pela empresa, à fl. 16):



VII. Em 28/05/2015, a TELEFÔNICA adquire a GVT PAR e a GVT das subsidiárias da VIVENDI, mediante parcela em dinheiro:



VIII. Na mesma data, a TELEFÔNICA adquire as ações remanescentes da SIG 108, mediante permuta de ações, conforme abaixo:



Após as operações que representaram a aquisição das participações societárias da GVT pelo Grupo Telefônica, foi realizada uma operação de reorganização societária, na qual a GVT foi cindida, sendo a parcela do patrimônio relativo às operações de telecomunicações incorporada pela GVT Participações, e a parcela referente a outras operações, incorporada pela subsidiária POP.

O contribuinte descreve esta operação em seu site na internet da seguinte forma:

Na mesma data [01.04.2016] e imediatamente antes da Incorporação, a GVT foi cindida e o seu acervo líquido foi em parte vertido para a GVTPart e em parte vertido para a POP, sendo que a

parcela do acervo líquido cindido da GVT concernente aos bens, direitos e obrigações relacionados às atividades de telecomunicações foi absorvida pela GVTPart e a parcela restante, concernente aos bens, direitos e obrigações relacionados às demais atividades que não de telecomunicações, foi absorvida pela POP.

Fonte: <http://ri.Telefônica.com.br/pt/a-empresa/nossa-historia>.

Ao final, a GVT Participações foi incorporada pelo contribuinte Telefônica Brasil.

(...)

Estas operações deram origem a ágio que passou a ser amortizado (contribuinte) após a incorporação da GVT Participações

8.3 – DO ADQUIRENTE DE FATO – TELEFÔNICA SA COM SEDE NA ESPANHA

(...)

Da leitura da informação prestada ao mercado pela Telefônica SA, empresa espanhola controladora do Grupo Telefônica no mundo, e também controladora da Telefônica Brasil (contribuinte), resta claro a Telefônica SA foi quem negociou com a Vivendi e assinou o contrato de compra e venda de participações societárias. Esta operação foi inteiramente negociada e acordada na Europa, entre grupos europeus – o Grupo Telefônica espanhol e o Grupo Vivendi francês.

Observa-se claramente no texto que a Telefonía SA (espanhola) assinou o contrato com a Vivendi para a aquisição "pela Telefônica Brasil, SA da Global Village Telecom, SA e sua empresa holding GVT Participações, SA".

Do texto divulgado ao mercado mundial a partir da Espanha, pela Telefônica SA espanhola, resta claro que o negócio foi feito pela Telefônica SA na Espanha, e a Telefônica Brasil foi usada como mero veículo interposto para formalização da aquisição das participações societárias.

(...)

Os termos do contrato demonstram a extensão das obrigações assumidas pela Telefônica SA com sede na Espanha, e a total falta de autonomia da Telefônica Brasil neste contrato. Não restou à Telefônica Brasil nada senão cumprir a tudo que foi decidido pela sua controladora Telefônica SA, ainda que isto viesse a prejudicar seus acionistas minoritários ou quaisquer outros stakeholders, incluindo o erário federal brasileiro.

A análise do contrato de compra e venda de participações societárias, negociado e assinado entre a empresa espanhola Telefônica e o Grupo francês Vivendi só vem confirmar e ratificar a informação prestada ao mercado pela controladora do Grupo Telefônica na Espanha Telefônica SA:

que a empresa espanhola Telefônica SA é a verdadeira idealizadora e negociadora da operação de compra da GVT.

Neste caso, a Telefônica Brasil foi mero instrumento utilizado pela sua controladora Telefônica SA (espanhola), servindo de receptáculo para as participações societárias da GVT que posteriormente iria incorporar.

8.4 – DO FINANCIAMENTO DA OPERAÇÃO COM RECURSOS ORIUNDOS DA EMPRESA ESPANHOLA TELEFÔNICA SA

Uma análise desavisada poderia levar à conclusão de que a operação de aquisição das participações societárias da GVT teria sido financiada a partir de uma Oferta Pública de Ações (OPA) realizada pela Telefônica Brasil no mercado de capitais brasileiro e no mercado de capitais norte-americano. Contudo, esta é apenas uma parte da operação de financiamento, realizada para encobrir a verdadeira fonte dos recursos financeiros levantados para esta operação.

Em 28/04/2015, a Telefônica Brasil registrou na CVM e em seguida apresentou ao mercado, uma Oferta Pública de Ações (OPA), no mercado brasileiro e no mercado norte-americano, alegando objetivo de financiar a aquisição das participações societárias da GVT. De acordo com o prospecto da OPA, ela foi aprovada em Reunião do Conselho de Administração da Telefônica Brasil realizada em 25/02/2015, sendo reservada prioridade aos acionistas da empresa.

Contudo, em 17/04/2015, era divulgado na imprensa brasileira que a Telefônica SA, empresa espanhola líder do Grupo Telefônica, concluíra a captação de recursos em mercados de capitais através da emissão de 3,05 bilhões de euros em ações, com vistas a subscrever ações da Telefônica Brasil, como forma de financiar a aquisição da GVT.

(...)

Ressalte-se, por ser relevante, que a captação de recursos realizada pela Telefônica SA (empresa espanhola) ocorre antes do registro da OPA pela Telefônica Brasil. Esta fato é de suma importância, pois demonstra com clareza cristalina que tratou-se de operação estruturada, que envolveu primeiramente a negociação da compra da GVT pela empresa espanhola Telefônica SA, em seguida a captação de recursos pela empresa espanhola Telefônica SA para liquidar a operação, e somente ao final destas etapas o registro e apresentação da OPA pela Telefônica Brasil, OPA esta que se revestiu de mero jogo de cartas marcadas para aparentar legalidade perante as leis brasileiras a compra da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA.

(...)

Comparando a distribuição acionária entre início de 2015 e fim de 2015, observa-se que houve uma diluição mínima da participação do Grupo Telefônica, reduzindo-se de 76,96% para 73,69% a participação dos controladores. Neste caso, o controle da Telefônica Brasil é exercido integralmente pelo Grupo Telefônica, por meio de sua participação consolidada de 76,69% do capital total da Companhia.

Desta comparação da distribuição acionária, conclui-se que o aumento de Capital da Telefônica Brasil, materializado por meio de Oferta Pública de Ações (OPA), foi cerca de 75% integralizado por empresas do próprio Grupo Telefônica. Trata-se, portanto, de recursos do Grupo injetados na Telefônica Brasil (contribuinte), para que o contribuinte pudesse cumprir o contrato negociado e acordado pela Telefônica SA na Espanha, de compra da GVT.

Com isto, o que se observa claramente é que a Telefônica Brasil não dispunha de recursos e capacidade financeira para adquirir a GVT. Quem viabilizou financeiramente o negócio foi a controladora do Grupo Telefônica na Espanha Telefônica SA por meio de uma oferta de suas ações no mercado de capitais de Madrid, e posteriormente injetou capital na empresa brasileira (contribuinte) para completar a compra negociada e financiada pela empresa europeia.

Como se observa, a Telefônica Brasil é usada em toda esta operação como mera "marionete", comparecendo em contrato negociado por sua controladora, realizando uma suposta compra de participações societárias como interposta pessoa de sua controladora, e usando para pagar esta compra recursos financeiros captados por sua controladora, a empresa espanhola Telefônica SA.

Tudo isto, logicamente, não foi feito às claras. Ao contrário, observa-se o desenho e a implementação de um engendrado esquema envolvendo uma oferta pública de ações no Brasil para tentar transparecer que a operação tivesse sido realizada no Brasil, com recursos brasileiros e fruto de decisão dos brasileiros em uma empresa brasileira. A verdade revela o contrário, não há nada nesta operação realizado no Brasil, pois a negociação não foi brasileira, a formalização não ocorreu no Brasil e os recursos financeiros não são brasileiros.

*Mas algo muito relevante foi gerado no Brasil em decorrência desta operação **integralmente estrangeira**: a criação e amortização de um ágio bilionário, que passou a ser indevidamente amortizado pela Telefônica Brasil a partir de 2016.*

Conforme se observa da análise aqui desenvolvida, o adquirente de fato das participações societárias da GVT é a empresa espanhola Telefônica SA. A Telefônica SA negociou a compra com a Vivendi, assinou um contrato de compra e venda em que exercia e demonstrava total controle sobre sua subsidiária brasileira, informou ao mercado que realizou a negociação com

a Vivendi e a compra da GVT, captou recursos financeiros no mercado de capitais de Madrid para esta aquisição e injetou recursos na Telefônica Brasil por meio de OPA com a finalidade exclusiva de fazer parecer que a operação tivesse sido decidida e realizada no Brasil.

Dessa forma, a Telefônica Brasil (contribuinte), ainda que tenha figurado no contrato de compra e venda de participações societárias da GVT, não decidiu esta compra, não dispunha de capacidade financeira para realizar a compra e não tinha nenhuma discricionariedade em nenhum momento da operação. Estas circunstâncias caracterizam uma operação interposta, o que efetivamente ocorreu, tendo sido a aquisição da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA com interposição de sua subsidiária brasileira Telefônica Brasil.

8.5 – PROIBIÇÃO DA DEDUÇÃO FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ALIENÍGENA

O ágio oriundo da aquisição das participações societárias da GVT pelo Grupo Telefônica, tendo como real adquirente a empresa espanhola Telefônica SA, não pode ser amortizado, uma vez que o real adquirente é empresa sediada no exterior e que em nenhum momento ocorreu a confusão patrimonial entre o real adquirente, a empresa espanhola Telefônica SA, e a empresa adquirida GVT.

Desde logo é preciso compreender que o ágio só pode nascer na contabilidade da pessoa jurídica que efetivamente paga um preço maior do que o valor patrimonial de participações societárias, em uma operação que envolve, direta ou indiretamente, a aquisição de participações societárias. Quem paga é quem efetivamente arca com o encargo financeiro, aquele que retira de suas riquezas conquistadas com meios próprios, recursos para arcar com o ônus financeiro da operação. Neste caso, a empresa espanhola Telefônica SA, por meio próprio ou de suas subsidiárias, responde diretamente por 75% do ônus financeiro da aquisição de participações societárias, recaindo o restante sobre acionistas minoritários.

(...)

Aqui é fundamental deixar claro que as relações jurídicas devem obrigatoriamente ser realizadas com legítima boa-fé, sem objetivo de lesar terceiros, incluindo-se, entre os terceiros, a União Federal em sua competência ativa, de arrecadação e de fiscalização tributárias. Tentativas de criar situações simuladas que aparentam a confusão patrimonial entre empresa adquirida e empresa adquirente não podem perdurar por afrontarem o sistema normativo.

Sendo assim, desde que as operações tenham sido realizadas com estrita boa-fé, e não maculadas por atos simulados ou pela fraude fiscal, o raro caso de confusão patrimonial entre empresa adquirida e empresa

adquirente exigiu, da norma tributária, regramento específico conforme Art. 386 do RIR/99 abaixo detalhado, Art. 7o. da Lei nº 9.532/1997 e Art. 22 da Lei nº 12.973/2014.

Não foi o que ocorreu no presente caso de aquisição das participações societárias da GVT, uma vez que o adquirente de fato é a empresa espanhola Telefônica SA, que utilizou sua subsidiária brasileira como empresa interposta nesta operação.

8.6 – OPERAÇÕES SIMULADAS PARA BURLAR A PROIBIÇÃO

A vedação legal do art. 391 do Regulamento do Imposto de Renda é a grande motivadora das operações de reorganização societária aqui tratadas. Por meio da criação de operações simuladas artificiais que resultam em incorporações, algumas empresas buscam enquadrar-se na permissão contida no art. 386, inc. III, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, única hipótese em que o ágio pode ser amortizado antes da venda ou do perecimento do investimento.

(...)

(...) os casos concretos aqui analisados não cumprem os requisitos legais definidos pela legislação tributária para amortização de ágio, porque, se algum ágio fosse gerado, teria que ser na contabilidade da empresa espanhola Telefônica SA, e nunca poderia ser amortizado no Brasil.

Sendo assim, as reorganizações societárias realizadas pelo contribuinte tiveram como resultado simular as condições legais para aproveitamento dos ágios supostamente gerados nas aquisições de participações societárias, condições estas estabelecidas no Art. 386 do RIR/1999 (c/c Art. 22 da Lei nº 12.973/2014). Além disso, houve uma tentativa de ocultar o real adquirente (a empresa espanhola Telefônica SA), interpondo sua subsidiária brasileira na condição de compradoras de participações societárias, com a finalidade de simular as condições para aproveitamento futuro dos ágios supostamente gerados.

8.7 – AUSÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL

Conforme se observa na legislação já citada neste Termo, a regra é que o ágio na aquisição de participações societárias, assim como ocorre com o custo de aquisição de bens sujeitos a apuração de ganho de capital, componha o custo de aquisição destas participações societárias em confronto com o preço de venda, para apuração do ganho de capital no momento em que ocorre eventualmente a alienação de tais participações societárias.

Sendo assim, o ágio, em regra, não pode ser amortizado. Pode tão somente ser levado a custo não operacional quando ocorre a baixa dos investimentos em participações societárias, nos termos dispostos pelo art. 426 do RIR/99.

(...)

Contudo, há que se considerar o caso especial que ocorre quando se dá a incorporação da sociedade investida, processo em que a investida deixa de existir. O que ocorreria com o ágio no caso de incorporação, já que nesse caso não ocorre a baixa do investimento em participação societária?

Para este caso particular a legislação trouxe a solução do art. 386, inc. III do RIR 99, que permite a amortização do ágio em um mínimo de 60 (sessenta) meses, como forma de não se perder o ágio escriturado, visto a extinção da pessoa jurídica por incorporação.

Entretanto, há que se ponderar que, por se tratar de exceção muito particular da regra geral, tal exceção tão somente se aplica aos casos que realmente cumpram os requisitos inscritos na legislação: realizem a escrituração devida do ágio e promovam a incorporação de modo que as participações societárias do investidor sejam extintas em razão da confusão patrimonial ocorrida entre o patrimônio do investimento (ou "investida") e o patrimônio do investidor de suas participações societárias.

Nos casos concretos aqui analisados, o real adquirente das participações societárias é a empresa espanhola Telefônica SA, que se utilizou de sua subsidiária brasileira Telefônica Brasil (contribuinte) para formalizar as aquisições de participações societárias.

É indiscutível que nunca ocorreu confusão patrimonial entre a empresa espanhola Telefônica SA (real adquirente) e a empresa brasileira GVT (empresa adquirida).

8.8 – SIMULAÇÃO POR INTERPOSIÇÃO DE PESSOA

No caso concreto, observa-se claramente que o contribuinte (e o Grupo Telefônica) realizou, reiteradamente, astuciosas manobras praticando atos jurídicos encadeados no sentido de forçar seu enquadramento no inc. III do art. 386 do RIR/99, bem como, forçar a geração insubsistente de ágios alienígenas no Brasil, interpondo empresa brasileira para ocultar a real adquirente de participações societárias (a empresa espanhola Telefônica SA). Tudo isso teve o objetivo de simular as condições necessárias para a posterior amortização dos ágios alienígenas.

Nos casos concretos analisados aqui, observa-se claramente a forma de simulação prescrita no inc. I do §1o. do Art. 167 do Código Civil, com a interposição do contribuinte na condição de comprador de participações societárias, sendo-lhe conferidos direitos que não são seus, pois a real adquirente das participações societárias é claramente a empresa espanhola Telefônica SA.

Sendo assim, resta clara a ocorrência de simulação por interposição de pessoa, que torna os atos jurídicos simulados inoponíveis ao Fisco, e impossibilitando aos contratantes alegar o ato simulado em sua defesa

9 – OBRIGATORIEDADE DE APURAÇÃO CORRETA DO GOODWILL E IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO SOBRE INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS

*É necessário, neste ponto, retomar a legislação tributário referente ao tratamento obrigatório dispensado ao ágio, bem como apresentar aspectos contábeis relevantes através dos quais é definido o conceito de ágio por expectativa de rentabilidade futura (**Goodwill**).*

(...)

(...) é requisito obrigatório o desmembramento do ágio apurado em operações societárias, separando-se as parcelas do ágio que tiveram por origem o valor de mercado do ativos (mais-valia), a rentabilidade futura (goodwill) e os intangíveis identificáveis (marcas, carteiras de clientes, direitos contratuais, etc), assim como o valor referente ao fundo de comércio.

(...)

As amortizações de ágio realizadas pelo contribuinte durante os anos-calendário sob análise, que estão sendo glosadas, foram amortizadas em razão do contribuinte ter classificado estes valores de ágio como tendo origem em expectativa de rentabilidade futura, ou seja, como goodwill.

Contudo, o ágio decorrente de goodwill (expectativa de rentabilidade futura) é um conceito econômico definido como a parcela do preço de aquisição das participações societárias que supera a soma do Patrimônio Líquido com o aumento ou diminuição decorrente da avaliação do Ativo a valor justo (mais-valia) e com os valores decorrentes da avaliação de ativos intangíveis identificáveis. Além disso, a legislação tributária ainda exige a segregação do valor correspondente ao fundo de comércio.

Sendo assim, para se apurar o ágio por goodwill, é obrigatório primeiramente promover a avaliação dos ativos a valor justo, apurando-se o ágio por mais-valia. Em seguida, é necessário avaliar os ativos intangíveis identificáveis, dentre eles podendo-se citar as marcas, as carteiras de clientes, os direitos intangíveis, os valores relativos a desenvolvimento de produtos etc. Deve-se então, identificar e avaliar o valor atribuível ao fundo de comércio.

Após as avaliações descritas no parágrafo anterior, o ágio por goodwill (expectativa de rentabilidade futura) é apurado pela diferença entre o preço das participações societária e a soma das parcelas identificáveis de ágio calculadas conforme descrito no parágrafo anterior.

(...)

O que se observa no presente caso concreto é que o contribuinte violou a obrigatoriedade de segregar as parcelas do ágio, tratando ilicitamente todo o ágio como se goodwill fosse .

É fundamental identificar claramente a parcela de cada ágio correspondente a intangíveis, que pode ser obtida a partir da análise dos respectivos laudos de avaliação e dos registros contábeis realizados pelo contribuinte:

Vivo

Licenças:	12.644.000.000,00
Carteira de Clientes:	1.917.716.871,35
Marcas e Patentes:	1.599.897.435,89
Passivos Contingentes:	269.965.932,09

GVT

Mais Valia:	429.995.469,68
Carteira de Clientes:	2.523.000.000,00
Marcas:	59.000.000,00

Dessa forma, ainda que houvesse legitimidade e possibilidade de amortização dos ágios aqui analisados, esta amortização seria limitada a um sessenta avos por mês do valor do ágio por goodwill, apurado conforme determinado pelos itens 10 e 32 CPC15(R1). Seriam sumariamente glosados os valores amortizados que superaram este limite de amortização de goodwill.

Contudo, é importante ressaltar que este Termo vem demonstrando de forma cristalina a completa impossibilidade jurídica de amortização dos ágios aqui tratados, procedendo-se, portanto, à glosa integral dos ágios amortizados nos períodos sob análise.

(...)

11 – LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Em face de todos os fatos aqui expostos, procede-se o lançamento de ofício, mediante lavratura de auto de infração, do IRPJ e do reflexo de CSLL, decorrente da GLOSA da dedutibilidade de exclusões do Lucro Real e de despesas contábeis relativas à amortização de ágio oriundo das operações societárias relativas à incorporação de ações da Vivo Participações e à aquisição da GVT, conforme evidenciado no Demonstrativo de Amortizações de Ágio Glosadas que faz parte integrante deste Termo.

(...)

12 – FRAUDE FISCAL E MULTA QUALIFICADA

(...)

As sequências de atos praticados pelo grupo Telefônica, tanto no caso do ágio intragrupo gerado na operação com a Vivo Participações quanto no caso do ágio alienígena de titularidade efetiva da empresa espanhola Telefônica SA gerado na aquisição da GVT, mesmo que revestidos das formalidades legais, foram realizadas com deslocamento do foco visado pelos instrumentos legais, com objetivo exclusivo de redução de sua carga tributária.

(...)

12.1. FRAUDE FISCAL NA OPERAÇÃO COM A VIVO PARTICIPAÇÕES

O reconhecimento do ágio oriundo de transações entre partes relacionadas, com vínculos de controle, é um procedimento que não encontra sustentação na Ciência da Contabilidade e é condenado pela doutrina contábil-tributária e pela jurisprudência administrativa (...)

(...)

Fica evidente que a conduta dos atores envolvidos configurou ação deliberada - não casual nem necessária - visando exclusivamente a obtenção de vantagens fiscais ilegais. Portanto, ação dolosa, visto que não se pode alegar que não tivessem consciência de que concorriam para a prática de ilícito. Se "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", conforme preceitua o artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42, não há qualquer razão para se conceder tal licença em se tratando de grupos econômicos do porte do envolvido na operação em tela, este, ademais, assessorado por Machado, Meyer, Sendaz e Opice Advogados, renomado escritório brasileiro de advocacia.

Importante ressaltar também que todos os motivos alegados no Protocolo de Incorporação de Ações da Vivo Participações S/A pela Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp e Instrumento de Justificação (Doc. 06) poderiam ser alcançados se as ações da Vivo Participações tivessem sido incorporadas por seu valor patrimonial. Como já descrito, haveria outra forma, essa, sim, lícita, de efetuar o reconhecimento contábil da participação societária da Vivo Participações no ativo da fiscalizada, sem qualquer diminuição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, qual seja, a contabilização pelos valores escriturados nos livros contábeis.

Ressalte-se que a CVM há muito vem se posicionando, em apreciações de casos concretos, contra o reconhecimento contábil de ágios gerados em transações entre partes relacionadas, com vínculos de controle, relacionadas a incorporação de ações, como nos já citados casos das empresas EDP Energias do Brasil e Wtorre Empreendimentos Imobiliários S/A.

(...)

(...) é possível observar que a empresa **já possuía conhecimento**, desde abril de 2011, quando da incorporação das ações da Vivo Participações S.A., de que cerca de 70% do ágio gerado naquela operação era composto por “licença”, “marca”, “carteira de clientes” e “contingências”, ou seja, possuía natureza de intangíveis identificáveis e fundo de comércio, que, conseqüentemente, possuem sua amortização fiscal **expressamente vedada**.

Por conseguinte, verifica-se claramente que, mesmo consciente de que a maior parte deste ágio tem natureza indedutível segundo a norma de regência, ainda assim a empresa optou por amortizá-lo integralmente, o que demonstra o objetivo precípua da empresa em obter ganhos tributários ilegítimos com a operação.

12.2. FRAUDE FISCAL NA OPERAÇÃO COM A GVT

O que se observa no presente caso, nas operações societárias relativas ao processo de aquisição da GVT e operações societárias posteriores, é que o contribuinte “forjou artificialmente” um conjunto encadeado de operações com vistas a ocultar o real adquirente de participações societárias (a empresa espanhola Telefônica SA), com a utilização de sua subsidiária brasileira Telefônica Brasil SA (contribuinte) como conduíte para a aquisição das participações societárias da GVT e da GVT Participações, conforme já exaustivamente detalhado.

Tratou-se de complexo conjunto de operações estruturadas, envolvendo inclusive os mercados de capitais do Brasil e da Espanha, com a finalidade de transferir ilicitamente para o Brasil um ágio alienígena gerado na Espanha, e que nunca poderia ser amortizado à luz da legislação brasileira. Dessa forma, de forma astuciosa e ao arripio da lei, o Grupo Telefônica planejou e executou minuciosamente seu plano de aquisição de participações societárias da GVT, gerando artificialmente condições para surgimento de um suposto direito de amortização de ágio, o que reduz indevidamente a base de cálculo do imposto de renda por meio de exclusão indevida na apuração do Lucro Real.

Verifica-se, portanto, ação coordenada do contribuinte no sentido de reduzir a base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, ou seja, impedindo parcialmente a ocorrência do fato gerador sobre a renda.

Cabe aqui destacar que **a própria empresa espanhola Telefônica SA** informa ao mercado que negociou a compra da GVT com o Grupo Vivendi. Ou seja, a situação enfrentada no caso da aquisição da GVT é clara e declarada pela própria adquirente: a compra foi feita pela empresa espanhola Telefônica SA. As operações subsequentes que levaram à

transferência do ágio alienígena para o Brasil são meros atos simulados, que visaram ocultar o real adquirente (a empresa espanhola Telefônica SA).

Cabe destacar, ainda, a complexidade da operação de financiamento de aquisição da compra da GVT. Criou-se uma operação de oferta pública de ações no mercado de ações brasileiro que, entretanto, foi 75% subscrito com recursos oriundos direta ou indiretamente da empresa espanhola Telefônica SA, que captara recursos financeiros já direcionados a esta operação no mercado de capitais espanhol por meio de oferta pública de suas próprias ações.

*A empresa espanhola Telefônica SA e o Grupo Telefônica, em vez de realizar a operação às claras e adquirir diretamente no exterior (Espanha) as participações societárias da GVT que haviam sido negociadas com o Grupo francês Vivendi, operacionalizou-se a complexa transferência de recursos para o Brasil. **Note-se que os recursos financeiros foram originalmente levantados na Espanha (Telefônica SA), e direcionados à França (Vivendi).** Não há sentido em transitar os recursos pelo Brasil, através do mercado de capitais brasileiro, senão para burlar a lei brasileira e operar atos simulados de forma a ocultar o real adquirente (a empresa espanhola Telefônica SA) e simular a aquisição por parte da Telefônica do Brasil, para que surgisse um ágio supostamente amortizável.*

Estas ações, por sua complexidade e sofisticação, foram claramente planejadas e executadas meticulosamente, não havendo qualquer sombra de dúvida de tratar-se de operação intencional por parte do contribuinte e de seu Grupo Econômico.

12.3. MULTA QUALIFICADA

Analisemos em maior detalhe os requisitos para constatação de uma fraude fiscal.

Primeiramente, há a necessidade de ação ou omissão do contribuinte tendente a, no presente caso, modificar características essenciais do fato gerador.

Trazendo elementos doutrinários, podemos concluir que os elementos essenciais do fato gerador são aqueles que compõem a matriz de incidência do crédito tributário, ou seja, o critério material que é o fundamento jurídico da incidência, o critério temporal que se traduz no momento da ocorrência do fato gerador, e o critério quantitativo que se traduz na alíquota e na base de cálculo do tributo.

Nos dois casos aqui analisados, observa-se intenção clara demonstrada pelos atos praticados, que possui a denominação jurídica de “dolo”, restando, portanto, plenamente comprovado o caráter doloso das condutas.

Além disso, o “dolo” é reforçado pela presença já evidenciada anteriormente neste termo de simulação, criando-se situações jurídicas inexistentes e sem substância (ágio intragrupo) no caso da Vivo Participações e pela ocultação do real adquirente no caso da GVT. A simulação é, inclusive, definida por muitos autores como o “dolo” na esfera civil voltado para lesar terceiro: **o terceiro lesado, nesse caso, é o erário federal.**

Desta forma, presentes tantos elementos que confirmam a ocorrência de fraude fiscal, na forma definida pelos arts. 72 da Lei nº 4.502/64, não resta outra providência a tomar senão a aplicação da multa qualificada na forma do disposto no art. 44, §1º., da Lei nº 9.430/96

(...)

Sendo assim, a multa aplicável ao presente caso concreto é de 150%.

A aplicação de multa qualificada (150%) limita-se às infrações de amortização indevida de ágio (seja contábil ou fiscal), não se aplicando à demais infrações aqui constatadas (glosa de despesas de juros sobre o capital próprio e compensações indevida de prejuízos fiscais).

Esclareça-se, ainda, que o requisito necessário para a qualificação da multa é a constatação da fraude fiscal, não sendo exigido nenhum outro elemento. Em redação anterior do dispositivo legal (art. 44 da Lei nº 9.430/96), já há muito tempo alterada, existia a previsão de necessidade de “evidente intuito de fraude”, exigindo difícil processo hermenêutico para entendimento do que conferiria o caráter “evidente” ao intuito de fraude.

Claro está, contudo, que o problema hermenêutico resta superado dado que o texto “evidente intuito de fraude” não faz mais parte do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Pela legislação atual, o que se deve analisar é a ocorrência da fraude, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, cujos elementos foram adequadamente analisados neste capítulo e restou demonstrada claramente a presença de todos os seus requisitos.

Sendo assim, constatada a fraude, impõe-se, em resposta ao caráter plenamente vinculado da atividade fiscal, aplicação da multa qualificada de 150%, tornando impossível a exigência de qualquer outro elemento além da própria fraude já demonstrada no presente texto.

13 – MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS

Conforme exhaustivamente detalhado neste Termo, o contribuinte amortizou, indevidamente, supostos ágios originados nas operações de reorganizações societárias referentes à Vivo Participações e à GVT.

O contribuinte não apenas registrou as amortizações indevidas de ágio em sua apuração anual de IRPJ e CSLL, mas efetuou lançamentos mensais

dessas amortizações, e apurou as estimativas mensais de IRPJ e CSLL por meio de balancetes mensais de suspensão / redução, reduzindo indevidamente a apuração do IRPJ e CSLL mensais devidos por estimativa.

Cabe destacar, por oportuno, que o dever de recolher as estimativas não se confunde com a apuração do IRPJ e da CSLL, cujos fatos geradores complexos ocorrem ao longo do ano e se completam no último dia do ano-calendário.

A legislação estabelece para o contribuinte optante pelo Lucro Real Anual, entretanto, o dever adicional de calcular e antecipar mensalmente o recolhimento do tributo, dever este que, se não cumprido, dá causa à multa estabelecida no art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430/96, que deve ser exigida isoladamente.

(...)

(...) a falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL por estimativa por parte do contribuinte, que decorreu do fato do contribuinte ter registrado mensalmente as amortizações indevidas de ágio, em conjunto com a dupla opção feita pelo contribuinte (de apurar seu resultado de forma anual e de utilizar balancetes de suspensão / redução para cálculo das estimativas mensais), dá causa à aplicação da multa isolada de que trata este título.

Os valores declarados pelo contribuinte em DCTF a título de IRPJ Mensal por Estimativa e CSLL Mensal por Estimativa foram deduzidos na apuração da base de cálculo da multa isolada aqui tratada.

(...)

14 – COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS DE CSLL

Durante a presente ação fiscal, verificou-se que o contribuinte realizou compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL na apuração do ajuste anual de IRPJ e CSLL durante o período compreendido entre o ano-calendário 2015 e o ano-calendário 2016. Contudo, os extratos do sistema SAPLI que controla os saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, juntados a este processo, demonstram que não haviam saldos disponíveis a compensar.

Sendo assim, estão sendo objeto de lançamento de ofício o IRPJ e a CSLL incidentes sobre valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL indevidamente compensados pelo contribuinte entre os anos-calendário 2015 e 2016, conforme constante do auto de infração.

16 – CONCLUSÃO

Em razão dos fatos expostos neste Termo, procede-se o lançamento de ofício de IRPJ e CSLL incidente sobre as amortizações indevidas de ágio e o excesso de Juros sobre o Capital Próprio apurados.

Em razão dos lançamentos de ofício efetuados em decorrência dos fatos narrados neste Termo, verificou-se as alterações do Lucro Real do contribuinte conforme a tabela abaixo:

	2015	2016	2017
Lucro Real declarado em ECF	1.633.751.559,75	59.860.146,41	-1.756.620.453,68
(+) glosa Ágio Vivo	2.032.817.429,16	2.032.817.429,16	2.032.817.429,16
(+) glosa Ágio GVT	0,00	1.824.001.810,47	2.392.669.206,60
(+) Excesso JCP	19.414.512,76	0,00	0,00
Lucro real após lançamento	3.685.983.501,67	3.916.679.386,05	2.668.866.182,08

Além dos valores constantes da tabela acima, também foram lançados o IRPJ e a CSLL incidentes sobre os valores indevidamente compensados de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL no anos-calendário 2015 e 2016.

A autuada tomou ciência do lançamento em 13/11/2020, fls. 15418, e apresentou a impugnação de fls. 16790-16943, em 14/12/2020 (v. fls. 15425), alegando em síntese, o que se segue:

A impugnante defende que todo o raciocínio da Fiscalização está fundamentado em uma análise equivocada e incompleta de dispositivos isolados da regulamentação contábil, buscando desconsiderar, em desvio da legalidade e ao arrepio do ordenamento jurídico, o resultado de uma operação de incorporação de ações legítima, ocorrida em bolsa de valores e com o envolvimento de contingente substancial de partes não relacionadas, apoiada na lei e motivada por legítimas razões econômicas e negociais.

Do direito ao aproveitamento fiscal do Ágio Vivo pago pela impugnante na aquisição da Vivo Par

Após discorrer sobre o contexto comercial que motivou a aquisição da Vivo Par, a contribuinte apresentou os seguintes argumentos em defesa do seu direito ao aproveitamento fiscal do “Ágio Vivo”:

A prevalência da lei sobre as disposições contábeis: ilegalidade do lançamento

O fundamento do Auto de Infração para a glosa das despesas de amortização de ágio é unicamente a alegada irregularidade na contabilização do ágio pela Impugnante, a qual teria supostamente violado o Novo Regime Contábil. Contudo, a suposta violação de normas contábeis, que sequer produzem repercussões ou

efeitos no campo jurídico-tributário em razão da vigência do RTT, não tem a força de amparar o lançamento tributário.

O Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 aplicável à incorporação de ações da Vivo Par

A operação de incorporação de ações da Vivo Par e o ágio pago pela Impugnante inevitavelmente se submetem aos efeitos do Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 e não ao Novo Regime do Ágio da Lei nº 12.973/2014, nos termos do artigo 65 da referida lei.

Os efeitos do RTT: o registro do ágio submete-se ao Regime Contábil Anterior

Para as empresas sujeitas ao RTT, como era o caso da Impugnante, a determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL era efetuada com base no Regime Contábil Anterior, sem levar em conta as alterações contábeis introduzidas pelo Novo Regime Contábil, normativos da CVM, Pronunciamentos Técnicos do CPC ou do CFC. Essa condição é também reforçada pelo disposto no artigo 16 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013, bem como no artigo 74 da Lei nº 12.973/2014. Assim, durante a vigência do RTT, permanecia em vigor para fins do registro e amortização fiscal do ágio, o disposto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e no artigo 385 do RIR/99, que consiste na obrigatória segregação do custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquido; e (ii) ágio ou deságio, com a indicação do seu fundamento econômico, baseado em demonstrativo que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

O atendimento de todos os requisitos previstos no Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97

Requisito	Dispositivo legal	Atos Praticados
Aquisição de investimento com o pagamento de ágio	<p>“Art. 385. O contribuinte <u>que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:</u></p> <p>I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e</p> <p>II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior”.</p> <p>“Art. 7º. A pessoa jurídica [...] que detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio”</p>	Aquisição válida de participação societária (Investimento) na Vivo Par pela TBrasil (Impugnante)

Requisito	Dispositivo legal	Atos Praticados
Registro do investimento pelo método da equivalência patrimonial	"Art. 7º. A pessoa jurídica [...] que detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, <u>apurado segundo o disposto no art. 20 do DL 1.598/77</u> "	O investimento foi avaliado pelo MEP, havendo o desdobramento do custo de aquisição entre patrimônio líquido e ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura
O ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura	"Art. 7º. [...] III – poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do art. 20 do DL 1.598/77, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real [...]"	O ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura e suportado economicamente pelo Laudo DCF Planconsult elaborado para este fim, segundo a metodologia do fluxo de caixa descontado
Deve ocorrer a incorporação entre a sociedade adquirida e adquirente, ou vice versa	Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando: b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.	Houve a efetiva incorporação da pessoa jurídica adquirida (Vivo Par) pela adquirente (Impugnante), com a consequente absorção do patrimônio da Vivo Par e extinção desta companhia

Inaplicabilidade retroativa dos efeitos da Lei nº 12.973/2014

Ao se referir ao chamado "ágio interno" àquele apurado na operação de incorporação de ações da Vivo Par, a autoridade lançadora procura encontrar na lei algo que nela não existia. Apenas com a inovação trazida pelo artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 é que foi positivada a restrição que se pretendeu impor no caso presente. Até a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, portanto, a circunstância de a operação ser praticada por sociedades sob controle comum não descaracterizava o ágio registrado, cujos efeitos fiscais decorriam unicamente da legislação tributária, sendo aplicável o Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97. O entendimento da autoridade lançadora representa, portanto, uma interpretação totalmente arbitrária e ilegal da legislação tributária vigente à época dos fatos.

Motivação econômica e comercial da incorporação de ações da Vivo Par - impossibilidade de desconsideração dos atos praticados

- Ao se ver impossibilitada de sustentar a invalidade jurídica das operações ocorridas, bem como diante da inquestionável correção no registro, mensuração e amortização do ágio no caso presente, a autoridade lançadora procurou sustentar a impossibilidade de esse ágio ser amortizado para fins fiscais em razão de uma incomprovada ilicitude relacionada à vinculação entre as partes que, sem qualquer critério e ao arrepio do ordenamento jurídico, foi genericamente presumida, desconsiderando ainda a significativa presença de partes independentes na operação questionada.

- Antes da operação de aquisição de investimento na Vivo Par, não havia qualquer relação ou vínculo de dependência societária entre os acionistas não controladores da Vivo Par e o Grupo Telefônica, não sendo possível afirmar, tal como indevidamente feito pela autoridade lançadora no TVF, que o ágio pago pela Impugnante aos acionistas da Vivo Par seja qualificado como "ágio intragrupo", ainda que tal condição não fosse suficiente, por si só, para afastar a legitimidade desse ágio apurado e registrado de acordo com o Regime do Ágio da

Lei nº 9.532/97, em operação ocorrida em condições estritas de mercado, com robusta substância econômica e nítidas razões negociais, conforme demonstrada acima. Por mais esse motivo fica evidente a improcedência do Auto de Infração.

- A validade das avaliações econômicas da Vivo Par e da Impugnante: Não há qualquer motivo técnico e objetivo para autoridade lançadora especular quanto à legitimidade do Laudo DCF Planconsult e desconsiderar o demonstrativo de rentabilidade futura calculado. É inequívoco que não existe fundamento técnico ou legal que respalde tal desconsideração ou a avaliação econômica do valor de mercado as ações da Vivo Par. Para desconstituir a validade de um documento técnico seria necessário que lhe fossem apontados defeitos técnicos em seu conteúdo, o que não ocorreu. O ônus da prova, nesse caso, é da autoridade lançadora.

A adequação do procedimento contábil adotado pela impugnante à luz do Novo Regime Contábil

- Inexiste regra contábil que trate da combinação de negócios entre empresas sob controle comum. As transações entre entidades sob controle comum não são obrigatoriamente realizadas pelos seus valores contábeis (adoção do Método de Custo). Pelo contrário, o ICPC 09 determina que: (a) deverá ser aplicada a regulação existente por órgão regulador da entidade; e (b) na hipótese de não existir norma específica, a administração deve desenvolver política contábil específica que tome por base a prevalência da substância econômica sobre a forma. Portanto, mais do que não vedar o reconhecimento do ágio em transações envolvendo entidades sob controle comum, o CPC orienta que as entidades desenvolvam suas políticas contábeis com fundamento no princípio da “substância sobre a forma”.

- Muito embora o CPC 15 estabeleça que não tem por escopo regrar as operações realizadas por entidades sob controle comum, a norma não determina que essas operações sejam realizadas pelo seu valor contábil, tampouco proíbe a aplicação dos seus métodos e critérios na hipótese de transações que, em sua substância, sejam caracterizadas como uma verdadeira combinação de negócios. Levando-se em consideração a primazia da essência sobre a forma, os critérios previstos na Estrutura Conceitual, a doutrina e a prática contábil, não restam dúvidas de que a Impugnante não só podia, como, de fato, deveria registrar o investimento na Vivo Par através da aplicação do Método de Aquisição, com a consequente apuração de ágio. Essas conclusões são corroboradas pelo Parecer dos Professores Nelson Carvalho, Fernando Murcia e Alexsandro Broedel.

- Da análise dos precedentes da CVM citados no TVF é possível concluir que se tratam de casos não equiparáveis, na medida em que as operações questionadas pela CVM foram realizadas (i) sem qualquer substância e contexto econômico; (ii) entre entidades que possuíam exatamente a mesma participação societária e, nesse contexto, não envolveram partes independentes como é o caso dos acionistas minoritários, cujos interesses e vontade devem ser respeitados e

preservados. Todos esses precedentes apenas reforçam que o presente lançamento está assentado em premissas que destoam do verdadeiro entendimento da CVM, uma vez que a autarquia reconhece de forma expressa a possibilidade de aplicação do Método de Aquisição e do registro contábil do ágio em transações que envolvam entidades sob controle comum, mas que possuam contexto, substância econômica e desde que presentes os requisitos exigidos pela melhor prática contábil e na legislação societária, tal como se dá no caso [em] análise.

- Por fim, a autoridade lançadora ignorou que a CVM analisou e não questionou a operação e o respectivo ágio apurado e pago pela Impugnante, fato que apenas confirma que esse órgão competente (CVM) reconheceu a legitimidade do procedimento contábil adotado na operação.

A correta base de cálculo do JCP - ausência de “superestimação” do patrimônio líquido da Impugnante

O valor do ágio pago pela Impugnante na aquisição de ações da Vivo Par deve ser computado no cálculo do limite de JCP, tanto no Regime Contábil do Anterior e no Novo Regime Contábil, não havendo que se falar em qualquer “superestimação” do valor de patrimônio líquido da Impugnante ou qualquer ajuste a ser feito nesse patrimônio. Tal conclusão é reforçada pelo disposto no artigo 14 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 e artigo 73 da Lei nº 12.973/2014. Comprovou-se ainda inconsistência e contrariedade do presente lançamento, o qual sustenta a aplicação do Novo Regime Contábil para a indevida glosa do ágio, ao mesmo tempo em que utiliza o Regime Contábil Anterior para o cálculo do valor de patrimônio líquido e limites das despesas de JCP glosadas.

Do direito ao aproveitamento fiscal do Ágio GVT pago pela impugnante na aquisição da GVT junto ao grupo Vivendi

A importância do negócio da GVT para a impugnante

Os negócios da GVT e da impugnante, bem como as infraestruturas de rede própria, tinham lógicas diferentes e complementares, seja do ponto de vista geográfico, seja de tecnologia. Todo o foco estratégico desta aquisição diz respeito à Impugnante e não a qualquer outra empresa do grupo de seus controladores, fora do Brasil. A estratégia, a importância de proteção do seu mercado de atuação e as sinergias operacionais acima reportadas partem da análise da perspectiva de negócios e operacional da Impugnante, interessada diretamente na aquisição do investimento na GVT.

O atendimento, pela impugnante, de todos os requisitos previstos no Regime do Ágio da Lei nº 12.973/2014 para a dedução fiscal do Ágio GVT

Requisito	Atos realizados pela Impugnante	Documentação comprobatória
Existência de ato jurídico de aquisição de participação societária	Aquisição de 100% das ações da GVT pela Impugnante, mediante pagamento do preço de compra aos Vendedores, composto pela Parcela em Dinheiro e Parcela em Ações de sua emissão	Contrato de Compra e Venda (fls. 12938 a 12999), contratos de câmbio que evidenciam a remessa dos valores para o pagamento aos Vendedores (fls. 13000 a 13320), declarações transmitidas à RFB com os valores referentes ao investimento adquirido e ágio pago, comunicados e documentos públicos divulgados ao mercado
Desdobramento do custo de aquisição e registro do ágio	O investimento na GVT foi avaliado pelo MEP, havendo o desdobramento do custo de aquisição, com o registro contábil da mais-valia e do ágio por rentabilidade futura (goodwill)	Valores informados nas declarações transmitidas à RFB (ECD e ECF), assim como demonstrações financeiras auditadas da Impugnante (fls. 14223 a 14413)

Requisito	Atos realizados pela Impugnante	Documentação comprobatória
Elaboração e registro tempestivo do Laudo PPA	O pagamento do ágio e a mensuração do valor justo do acervo líquido (mais-valia) estão suportados documentalmente pelo estudo técnico preparado pela Apsis, o qual determinou os valores dos ativos líquidos identificáveis adquiridos com os respectivos valores contábeis e valores justos	Laudo PPA Apsis (fls. 13724 a 13861) e o comprovante de registro em Cartório em 28.06.2016 (doc. 11)
Absorção da pessoa jurídica a que se refira a mais-valia e o ágio pela pessoa jurídica investidora	Houve a efetiva incorporação da pessoa jurídica adquirida (GVT) pela adquirente (Impugnante), com a consequente absorção do patrimônio e extinção da GVT (que havia incorporado o acervo da GVT Operadora após a extinção mediante cisão total) – ocorrendo a alegada “confusão patrimonial”.	Documentos societários públicos arquivados na JUCESP/JUCEPAR e declarações transmitidas à RFB em razão do evento de cisão total da GVT Operadora, incorporação desta pela GVT e incorporação dessa companhia pela Impugnante (fls. 13639 a 13681)
Transações realizadas entre partes independentes	Não há qualquer forma de vinculação entre as empresas do Grupo Vivendi e a Impugnante, adquirente do investimento, com ações negociadas em bolsa de valores no Brasil e no exterior	Organogramas das empresas envolvidas e quadro acionário divulgado ao mercado (fl. 12936), bem como aprovação do CADE para realização da operação (doc. 03).

O equívoco da autoridade lançadora ao qualificar a Telefónica Espanha como “real adquirente”

A autoridade lançadora considerou que a Telefónica Espanha seria a real adquirente baseado unicamente em trechos isolados e descontextualizados e em

informações divulgadas nas demonstrações financeiras da Telefônica Espanha, conforme sua obrigação como companhia aberta na Espanha. A autoridade lançadora, contudo, ignora por completo a importância da GVT para a Impugnante; a negociação e aquisição feita diretamente pela Impugnante e a efetiva integração total da GVT na Impugnante com o crescimento e perpetuação da marca “VIVO”, como reconhecido pelas autoridades governamentais que avaliaram a matéria (ANATEL, CADE e CVM), pelo mercado e pelos consumidores em geral. Em nenhum momento se nota esse interesse, aquisição ou integração na Telefônica Espanha. Negar isso é o mesmo que negar a existência autônoma da própria Impugnante.

A impossibilidade de desconsideração dos atos de aquisição da GVT à luz de fluxos financeiros – a propriedade do investimento validamente adquirido é definida por atos jurídicos válidos

- A participação direta na GVT foi transferida do Grupo Vivendi (antigo controlador por meio da SIG 108 e SIG 72) para a Impugnante (que adquiriu a titularidade das ações mediante o pagamento do preço acordado entre as partes da Parcela em Dinheiro e da Parcela em Ações), qualquer alegação em sentido contrário implica flagrante desconsideração dos institutos do direito privado e, conseqüentemente, viola os artigos 109 e 110 do CTN, além da própria realidade dos fatos.

- Os fundamentos da atuação são inaplicáveis para os investidores terceiros que subscreveram a Oferta Pública de Ações e para o pagamento da Parcela de Ações pela Impugnante.

- A autoridade lançadora criou uma ficção jurídica ou realidade paralela ao aplicar o chavão de “real adquirente”. Com isso, a autoridade lançadora pretende criar uma modalidade de qualificação extrajurídica dos fatos, sugerindo que o fato de a Impugnante ter a necessidade de captação de recursos (funding), no caso, na Oferta Pública de Ações que foi subscrita em parte pela Telefônica Espanha, assim como feito por diversos outros acionistas, mas que também poderia ter sido uma instituição financeira, por exemplo, retiraria a sua capacidade econômica própria e mais, a sua qualificação jurídica como adquirente do investimento.

Diversos elementos da operação de compra da GVT foram ignorados no Termo de Verificação Fiscal ou citados de forma incompleta e descontextualizada

- A autoridade aututante não levou em consideração fatores relevantes, tais como: a) a participação direta da impugnante nas negociações, o interesse nas sinergias operacionais e o estrito cumprimento das obrigações contratuais; b) a relação de controle societário e o papel da Telefônica Espanha, que agiu simplesmente como controladora da impugnante, exercendo o seu poder sobre as deliberações, para que a aquisição pudesse ser concluída com sucesso; c) a contratação dos assessores da operação pela impugnante; d) os instrumentos de hedge contratados pela impugnante.

- O entendimento da RFB é inconsistente. Diante dos mesmos fatos, a RFB chegou a diferentes conclusões acerca da qualificação da impugnante como adquirente, em distintos processos fiscalizatórios. Neste sentido, fez alusão ao processo nº 16561.720103/2019-92, no qual a RFB examinou o IRRF recolhido pela impugnante. Naquele processo, a RFB concluiu que a impugnante foi a legítima adquirente do investimento no Grupo GVT, ao contrário do que ocorreu no presente processo.

- Assim sendo, é forçoso concluir que a aquisição da GVT foi realizada diretamente pela impugnante, com recursos próprios e no seu próprio interesse de expandir suas operações no mercado brasileiro de telecomunicações. Neste sentido, apresentou o seguinte quadro ilustrativo:

Aquisição da GVT pela Impugnante (fatos comprovados)	Ilações da autoridade lançadora (elementos considerados)
<p><u>Capacidade operacional da Impugnante</u></p> <p>A Recorrente ocupa posição de liderança no setor de telecomunicações, operando sob a marca "VIVO", possuindo licenças e autorizações da ANATEL para operar, assim como uma carteira de milhões de clientes de telefonia (fixa e móvel), banda larga, TV por assinatura, dentre outros serviços oferecidos</p>	<p><u>Aumento de capital da Impugnante subscrito em parte pela Telefónica Espanha</u></p>
<p><u>Necessidade de expandir e consolidar o seu mercado de atuação</u></p> <p>Havia a necessidade da Recorrente, como empresa operacional brasileira, expandir o seu mercado de atuação e adquirir outra empresa do setor, integrando-a totalmente na sua operação, desde que esta fosse devidamente aprovada pela ANATEL e CADE. Esse fato permitiria a consolidação da Impugnante no mercado brasileiro de telecomunicações, pautada nas suas necessidades operacionais e decisões negociais, além de impedir o avanço das suas principais concorrentes, incluindo a TIM que também estava negociando a compra do investimento na GVT, conforme amplamente divulgado à época.</p>	<p>A Telefónica Espanha, na qualidade de acionista da Impugnante, exerceu o seu direito de preferência e subscreveu parte do aumento de capital da Impugnante ocorrido em bolsa na Oferta Pública de Ações, evitando, assim, a sua diluição. Esse aumento de capital foi igualmente subscrito por diversos outros acionistas locais e estrangeiros, sendo que os recursos foram utilizados para os mais variados fins e não apenas para pagamento da Parcela em Dinheiro aos Vendedores.</p>

Aquisição da GVT pela Impugnante (fatos comprovados)	Ilações da autoridade lançadora (elementos considerados)
<p><u>Pagamento integral do preço de compra e do Ágio GVT pela Impugnante aos Vendedores</u></p> <p>A Recorrente efetuou o pagamento integral do preço de aquisição de 100% das ações GVT aos Vendedores no exterior, incluindo o Ágio GVT, com recursos que eram de titularidade da sua titularidade correspondente à Parcela em Dinheiro, assim como emitiu ações entregues aos Vendedores que correspondiam ao percentual de 12% do seu capital social (Parcela em Ações). Em relação à Parcela em Dinheiro, acordada em moeda estrangeira (Euros), a Impugnante contratou instrumentos de hedge para proteger suas exposições aos riscos de variação dessa moeda. Ainda, considerando a sua qualificação como adquirente, a Impugnante procedeu à retenção e recolhimento do IRRF, nos termos do artigo 26 da Lei nº 10.833/2003.</p>	<p><u>Obrigações da Telefónica Espanha no Contrato de Compra e Venda</u></p> <p>As obrigações contratuais assumidas tem caráter instrumental e sequer precisavam ser assumidas, uma vez que decorrem da LSA, para garantir que a operação pudesse ser concluída, sendo que esta atuação como controladora jamais substituiria a condição da Impugnante como "adquirente/compradora" do investimento na GVT, regulada pelos principais termos e condições do Contrato de Compra e Venda.</p>
<p><u>Aprovação da operação pelas autoridades reguladoras brasileiras</u></p> <p>As autoridades reguladoras brasileiras, em especial a ANATEL e o CADE, examinaram previamente e aprovaram operação, reconhecendo a condição da Impugnante como "adquirente do investimento" na GVT. A CVM também tinha amplo conhecimento da operação e jamais suscitou qualquer questionamento quanto a essa legítima condição da Impugnante. Veja-se também que a própria RFB reconheceu nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720103/2019-92 que a Impugnante foi a adquirente do investimento, exigindo uma suposta diferença a título de IRRF.</p>	
<p><u>Incorporação da GVT pela Impugnante com a integração total das operações, estrutura e funcionários</u></p> <p>A Recorrente, após a incorporação da GVT, sucedeu esta companhia a título universal, ocorrendo a unificação e consolidação das operações, além da transferência do quadro de funcionários, dos seus ativos não circulantes e circulantes, incluindo a extensa infraestrutura da moderna rede de fibra óptica da GVT, assim como passivos, dentre outros bens, direitos e obrigações, conforme evidenciado pelos documentos que formalizaram e suportam a essa operação societária.</p>	<p><u>Divulgação de informações ao mercado espanhol pela Telefónica Espanha</u></p> <p>Divulgação de informações pela Telefónica Espanha ao mercado sobre a operação de compra da GVT, alegando que a Impugnante teria sido "um mero instrumento na operação".</p>

- A regularidade da estrutura adotada para a aquisição da GVT e o descabimento das alegações de “simulação”. Neste sentido, mencionou diversos precedentes do CARF, em especial os acórdãos nº 1302-002.011 (“Caso APM Terminals”, sessão de 24.01.2017), 1302-001.150 (“Caso Multiplan”, sessão de 07.08.2013), 1302-001.182 (“Caso Dufry”, sessão de 08.08.2013) e 1402-002.373 (“Caso Kimberly Clark”, sessão de 25.01.2017), 1301-003.656 (“Caso Arcelor Mittal”, sessão de 22.01.2019), 1301-003.469 (“Caso CVC Brasil”, sessão de 20.11.2018), 1201-003.203 (“Caso Owens Illinos”, sessão de 16.10.2019) em que o referido tribunal confirma que um investidor estrangeiro não está obrigado a efetuar uma aquisição direta de participação societária caso pudesse fazê-lo por meio de uma investida brasileira.

- Ausência de simulação e de outros vícios nos atos jurídicos praticados, conforme quadro a seguir:

Ausência dos elementos da simulação	Atos praticados e comprovados
<p><u>artigo 167, inciso I, do Código Civil</u></p> <p>Não se aparentou conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se confirmam ou transmitiram</p>	<p>A aquisição de investimento pela Impugnante não teve outro efeito que não aquele expressamente previsto nos respectivos atos jurídicos e na lei, tendo sido devidamente aprovada pelos órgãos responsáveis por analisar a sua legalidade e legitimidade, a exemplo da ANATEL, CADE e CVM.</p>
<p><u>artigo 167, inciso II, do Código Civil</u></p> <p>Não houve declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira</p>	<p>Nenhum dos atos jurídicos praticados pela Impugnante possui qualquer declaração, confissão, condição ou cláusula que não seja verdadeira. De fato, ocorreu o que se pretendeu e se formalizou, tratando-se de atos verdadeiros.</p>
<p><u>artigo 167, inciso III, do Código Civil</u></p> <p>Os instrumentos particulares foram devidamente datados</p>	<p>Todas as operações societárias efetuadas estão devidamente datadas e foram, regulamente, arquivadas e aprovadas nos órgãos competentes, além de noticiadas em jornais de grande circulação.</p>

- A possibilidade de amortização de ativos intangíveis identificados na aquisição da GVT. Nesse sentido, sustentou que a Lei nº 12.973/2014 autorizou que a amortização contábil de marca também impacte a apuração de IRPJ e CSLL, contanto que: (i) o valor seja identificado em Laudo PPA; e (ii) a vida útil da marca seja determinada. Essas duas condições, como visto, foram devidamente atendidas pela Impugnante no caso dos presentes autos e, por isso, não há qualquer irregularidade na dedução fiscal dos valores que foram atribuídos à “marca GVT”, razão pela qual considera que a glosa deve ser integralmente cancelada por esse colegiado.

Demais infrações fiscais

Impossibilidade de aplicação da multa qualificada de 150%:

- O Auto de Infração aplicou indevidamente a multa qualificada de 150%, já que em momento algum se demonstrou a prática de fraude, dolo ou sonegação nas operações realizadas. Nesse sentido, a Impugnante demonstrou que todos os eventos foram praticados às claras realizados e com os mais elevados padrões de transparência, divulgados em fatos relevantes ao mercado e refletidos em documentos públicos, além de contarem com a total anuência das mais diversas autoridades regulatórias brasileiras, como CVM e ANATEL, além de órgãos internacionais de regulação do mercado de capitais como é o caso da SEC.

- A impossibilidade de majoração da multa no caso presente resta evidente ao se notar que a controvérsia aqui posta reside em mera divergência quanto à interpretação das normas aplicáveis em torno do reconhecimento e amortização fiscal do “ágio” reconhecido em aquisição de investimento envolvendo sociedades sob controle comum, contingente substancial de acionistas não controladores tanto da Impugnante como da Vivo Par, assim como realizadas em estritas condições de mercado, cujos valores utilizados são devidamente atestados por três robustos laudos produzidos por renomados assessores econômicos e financeiros.

- Todas as operações referidas nos presentes autos de infração foram devidamente examinadas e aprovadas pela ANATEL (doc. 02) e CADE (doc. 03), bem como foram supervisionadas pela CVM. Consequentemente, carece de embasamento legal e fático a imputação da prática de qualquer conduta dolosa pela Impugnante. Neste sentido, fez referência a precedentes do CARF, fls. 16929-16930.

- Nos processos administrativos nº 16561.720225/2016-36, 16561.720128/2017-24 e 16561-720.129/2018-50, que analisaram a glosam Ágio Vivo, houve a correta desqualificação da multa de ofício pela DRJ.

Impossibilidade de exigência da multa isolada de 50%

- A exigência da multa isolada após o encerramento dos anos-calendário de 2015, 2016 e 2017 é ilegítima, uma vez que tal penalidade apenas pode ser exigida antes do encerramento do ano-calendário a que se refere.

- Não deve prosperar a exigência das multas isoladas referentes a estimativas mensais do ano-calendário de 2015, pois como já estavam encerrados quando ciência da ciência do Auto de Infração - 13.11.2020 - não poderia a autoridade lançadora apurar o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa para aplicação dessa penalidade, motivo pelo qual o Impugnante espera que esse colegiado cancele esta parcela da exigência.

- Outrossim, deve-se ter em conta que, ainda que fosse possível lançar, após o encerramento do ano-calendário, multa isolada de 50% em razão do não recolhimento das estimativas mensais, o que se alega a título de argumentação, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, como ocorreu no presente caso. Neste sentido,

fez referência ao Acórdão CSRF nº 9101-005.080 (sessão de 01.09.2020), que reconheceu a configuração da “consunção” e, por conseguinte, a impossibilidade de concomitância da multa isolada com a multa de ofício. Fez referência, outrossim, a precedentes do STJ, que em julgados recentes decidiu pela impossibilidade da aplicação concomitante das multas isoladas e de ofício, notadamente: AgRg no REsp 1.499.389/PB, Resp 1.496.354/PR, e AgRg no REsp 1.576.289/RS. Esses precedentes reconhecem que, em decorrência do princípio da consunção, a infração mais grave, que no caso presente seria o não recolhimento do tributo, absorve a infração de menor gravidade.

Decadência da multa isolada relativa aos meses de janeiro a dezembro de 2015 - extinção do crédito tributário nos termos do artigo 156 do CTN

Além da improcedência demonstrada acima acerca da cobrança da multa isolada de 50%, a manutenção da cobrança também não seria possível tendo em vista a extinção do crédito tributário pela decadência, nos termos do que dispõe o artigo 150, § 4º do CTN. Esse artigo é aplicável ao caso concreto, uma vez (i) ausentes a figura do dolo, fraude ou simulação; e (ii) a existência de pagamento naqueles meses.

Desse modo, deve ser reconhecida a extinção do crédito tributário relativo à multa isolada de 50% nos termos do artigo 156, inciso V do CTN, eis que houve o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos entre a ocorrência do fato gerador – apuração de bases mensais para fins da estimativa em janeiro a dezembro de 2015 – e a notificação do lançamento fiscal em 13.11.2020, nos termos em que previsto no entendimento vinculante do STJ sobre a matéria no REsp nº 973.733/SC (de aplicação obrigatória de acordo com o artigo 62-A do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações posteriores).

Excesso no cálculo da multa isolada de 50%

Ainda que não se entenda pelo cancelamento integral da multa isolada, há um evidente erro de cálculo cometido pela autoridade lançadora, resultando na cobrança em excesso dessa multa. Isso porque no momento de realizar o lançamento da multa isolada (fls. 15410 e 15411), a autoridade lançadora considerou no cálculo do “lucro real ajustado” e “BC CSLL ajustada” todas as despesas registradas como amortização de ágio do período, sem a devida atenção que parcela dessas despesas diz respeito à amortização para fins do IRPJ e da CSLL, em bases mensais, do “Ágio Telemig” que não é objeto de qualquer questionamento nos presentes autos.

Em virtude desse flagrante erro cometido pela autoridade lançadora, a Impugnante requer o cancelamento da multa isolada que, equivocadamente, considerou parcela do “Ágio Telemig” que não é objeto do lançamento.

Glosa indevida dos valores compensados nos anos-calendário de 2015 e 2016

Conforme consta no TVF, em virtude da glosa de despesas de amortização do ágio nos anos-calendário de 2015 a 2017, o saldo de prejuízo fiscal e de base de cálculo

negativa da CSLL apurados pela Impugnante nesse mesmo período foram utilizados pela autoridade lançadora na recompensação de ofício do resultado tributável pelo IRPJ e pela CSLL, resultando na alegada “insuficiência de saldos para compensação com bases de cálculo dos respectivos tributos no ano-calendário de 2015 e 2016.

Contudo, pelas razões expostas nos tópicos anteriores, a cobrança do crédito tributário constituído em virtude da alegada insuficiência desses valores deve ser afastada em razão da validade dos encargos de amortização fiscal do *Ágio Vivo* e *Ágio GVT* pagos pela Impugnante, sendo reconhecida a improcedência da retificação feita pela autoridade lançadora dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL.

Uma vez confirmada a validade dos encargos de *ágio* pela Impugnante, as glosas efetuadas pela autoridade lançadora serão completamente afastadas e, como consequência, a alegada insuficiência dos valores compensados no ano-calendário de 2015 e 2016 também será totalmente cancelada. caso assim não entenda o que se alega apenas para argumentar, a Impugnante requer que seja determinado a suspensão da cobrança enquanto não for analisada e julgada em definitivo, nos presentes autos, a validade de todas as amortizações fiscais, nos termos do artigo 151, inciso III do CTN.

Inaplicabilidade dos juros sobre multa

Por fim, é de se ressaltar que, na absurda hipótese de vir a ser mantida a autuação, será indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, e não paga no vencimento, seja por falta de previsão legal, seja porque o enquadramento legal apontado no auto de infração não autoriza a imposição de juros sobre a multa de ofício, mas apenas sobre os tributos supostamente não pagos, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

A Contribuinte foi cientificada do acórdão de impugnação em 07/06/2021 (Termo de Ciência por Abertura de Mensagem, fl. 17.044) e apresentou em 06/07/2021 (Termo de Análise de Solicitação de Juntada, fl. 17.047) o recuso voluntário de fls. 17.048 a 17.175.

Por intermédio do apelo, a Recorrente fundamentalmente reproduz os argumentos da impugnação e contesta algumas das conclusões a que chegou o acórdão recorrido.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou as contrarrazões de fls. 17.190 a 17.267. Por meio do instrumento, a Procuradoria reforça os argumentos utilizados pela autoridade fiscal e pugna pela manutenção integral do lançamento com o desprovimento do recurso voluntário e o provimento do recurso de ofício.

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me a relatoria do feito.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Maurício Novaes Ferreira**, Relator

1 – CONHECIMENTO

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

O recurso de ofício atende ao limite de alçada previsto na Portaria MF nº 2/2023, motivo pelo qual deve ser igualmente conhecido.

2 – MÉRITO DO RECURSO VOLUNTÁRIO**2.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Conforme acima relatado, os presentes autos englobam a exigência de IRPJ e de CSLL dos anos-calendário 2015; 2016 e 2017 em função do entendimento expresso pela autoridade fiscal de que estariam configuradas as seguintes infrações tributárias:

dedução indevida de despesas com amortização de ágio decorrente da incorporação da Vivo Participações;

excesso do pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP), cujo excedente seria indedutível como despesa;

dedução indevida de despesas com amortização de ágio decorrente da aquisição e incorporação da GVT;

multa isolada decorrente de recolhimentos a menor das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL;

compensação indevida de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL nos anos-calendário 2015 e 2016;

autuação reflexa da CSLL

sanção com multa qualificada, equivalente a 150% dos valores constituídos de ofício. A DRJ, conforme noticiado, reduziu a multa aplicada para 75% por entender que não restaram comprovadas as condições que impõem a exasperação da sanção.

A Recorrente, por meio do recurso voluntário de fls. 17.408 a 17.175, combate pormenorizadamente as infrações a ela imputadas. Os argumentos de fundo foram todos enfrentados pela decisão recorrida e reapresentados, com ênfases maiores ou menores, na peça ora em julgamento.

Dada a profusão dos argumentos apresentados, há de se invocar o entendimento expresso reiteradas vezes pelo STJ, e por este Conselho, segundo o qual o julgador não é obrigado a refutar todas as questões suscitadas pelas partes, quando entender que já tenha encontrado razão suficiente para decidir. Este racional foi confirmado por unanimidade pelos Ministros da Primeira Seção do STJ no julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315-DF, cuja parte de interesse da ementa reproduz-se a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

Por fim, registre-se que a infração ligada à dedução de despesa com amortização de ágio decorrente da incorporação da Vivo Participações (e, conseqüentemente, o excesso de dedução de JCP) já foi objeto de julgamento em outros dois processos administrativos.

O primeiro deles, processo nº 16561.720225/2016-36 relativo a fatos geradores ocorridos em 2011, que negou provimento aos recursos voluntário e de ofício, conforme acórdão nº 1302-003.381, proferido em 22/01/2019 e assim ementado e decidido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2011

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE.

A dedutibilidade da amortização do ágio somente é admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de negócios entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta que se admitam suas conseqüências fiscais.

ÁGIO INTERNO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO. MAJORAÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

As despesas com pagamentos de juros sobre o capital próprio que tenha como base o patrimônio líquido do contribuinte indevidamente majorado, por meio da

contabilização de suposto ágio decorrente de operação intragrupo, deve ser excluída da apuração do Lucro Real.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2011

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

PARECER TÉCNICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL ESSENCIAL À COMPROVAÇÃO DO DIREITO ALEGADO. INTERPRETAÇÃO DO § 4º, ART. 16 DO DEC. Nº 70.235/72. JUNTADA APÓS RECURSO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE

A juntada de parecer técnico pelo contribuinte após a interposição de recurso voluntário pode se admitida, neste caso, pelo fato de não constituir prova essencial na qual se funda o direito da contribuinte. Sem inovar, visa corroborar com as razões já apresentadas pela recorrente, em defesas anteriores.

FRAUDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MULTA QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE.

Não comprovada nos autos a conduta dolosa do sujeito passivo, configurando fraude, não é aplicável a multa de ofício no percentual qualificado

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer de laudo técnico juntado aos autos após a interposição de recurso voluntário, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo (relator), Carmen Ferreira Saraiva e Maria Lúcia Miceli e, no mérito, por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de amortização de ágio e das despesas de JCP (exigências de IRPJ/CSLL), vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou com o relator pelas suas conclusões quanto à glosa do JCP. E, por unanimidade de votos, em negar provimento quanto ao pedido de compensação de IRRF e, ainda, por maioria de votos, em negar provimento quanto à incidência de juros Selic sobre a multa, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca, que solicitou a apresentação de declaração de voto. E, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rogério

Aparecido Gil quanto ao conhecimento do documento juntado aos autos após o recurso.

A Contribuinte, visando reformar o decism, apresentou recurso especial que foi admitido e está pendente de julgamento pela 1ª Turma da CSRF.

Já o processo nº 16561.720129/2018-50 (fatos geradores de 2013 e 2014) foi julgado em outro contexto normativo, e o recurso voluntário foi provido (vigente o art. 19-E da Lei nº 10.522/2002 acrescido pela Lei nº 13.988/2020) conforme atesta o acórdão nº 1402-006.078, proferido em 21/09/2022, assim ementado e decidido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO INTERNO. PRESENÇA SIGNIFICATIVA DE ACIONISTAS MINORITÁRIOS. LEGITIMIDADE

A discussão sobre os pressupostos contábeis ou societários do ágio é relevante quando se identifica a inexistência de uma essência econômica a ele subjacente. Isso porque, o ágio é um conceito econômico que produz efeitos jurídicos.

Nas situações analisadas por este Conselho não se afirma que o aproveitamento fiscal do ágio interno seja, por si só, vedado pela legislação (o que efetivamente veio a ocorrer com a publicação da Lei nº 12.973/2014), mas que as operações societárias não tinham substância econômica. Sendo assim, não é possível estabelecer, *a priori*, que todo ágio gerado internamente seja simulado.

É possível a existência do ágio interno desde que se comprove o pagamento e que exista a presença expressiva de acionistas minoritários na empresa incorporada que não sejam os mesmos da incorporadora

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos, vencidos os Conselheiros Marco Rogério Borges, Evandro Correa Dias, Carmen Ferreira Saraiva e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento; ii) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício.

A PGFN apresentou recurso especial visando reformar o julgado e a 1ª Turma da CSRF deu provimento ao apelo por meio do acórdão nº 9101-006.841, de 05/03/2024, assim ementado e decidido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO INTERNO - PARTICIPAÇÃO DE MINORITÁRIOS - INDEDUTIBILIDADE

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum, mesmo se estas transações tiverem sido acatadas por minoritários.

PROVIMENTO DE RECURSO ESPECIAL DA PGFN - REVERSÃO DO FUNDAMENTO ADOTADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA CANCELAMENTO INTEGRAL DAS EXIGÊNCIAS - ESCOPO DO RETORNO.

A solução da divergência jurisprudencial em desfavor do sujeito passivo enseja o restabelecimento de todas as exigências canceladas com base no fundamento controvertido pela PGFN. Contudo, ainda que não requerido pelo sujeito passivo, impõe-se o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação de todos os argumentos subsidiários de defesa que deixaram de ser apreciados, sob pena de nulidade por cerceamento ao direito de defesa. A glosa de juros sobre o capital próprio, ainda que suportada por fundamentos específicos confrontados em defesa pelo sujeito passivo, é revertida juntamente com as glosas de amortização de ágio calcadas no fundamento controvertido pela PGFN porque decidida como exigência reflexa pelo Colegiado *a quo*.

Feitas estas considerações preambulares, passo à análise do mérito das contendas.

2.2 – Da dedução indevida de despesas com amortização de ágio decorrente da incorporação da Vivo Participações

Conforme acima demonstrado, esta matéria foi objeto de duas decisões distintas por Turmas Ordinárias deste CARF. Os fatos levados a julgamento nos outros processos são exatamente os mesmos aqui tratados em relação à operação de incorporação da Vivo Participações.

A primeira decisão, conforme antes afirmado, negou provimento ao recurso voluntário e manteve as glosas efetuadas pela autoridade fiscal e o processo encontra-se pendente de julgamento do recurso especial.

Já a segunda decisão deu provimento ao recurso voluntário, dado o empate na votação procedida na Turma Ordinária, e foi reformada pela 1ª Turma da CSRF.

Dada a absoluta identidade entre os fatos que ensejaram a autuação fiscal e a defesa apresentada pela Recorrente, adoto como razão de decidir em relação a esta matéria, conforme autorização do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999, o voto vencido (vencedor nesta matéria) do acórdão nº 1302-003.381, de lavra do ilustre Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, hoje presidente daquele Colegiado, complementando-o em seguida, com aspectos que entendo devem ser destacados:

I.2. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Tratamento na legislação tributária

Até 1997, a legislação tributária se limitava basicamente a conceituar o ágio surgido na aquisição de participações societárias e detalhar a sua forma de

desdobramento na escrituração comercial, conforme arts. 20 e 21 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que, à época dos fatos geradores tratados nos presentes autos, possuía a seguinte redação:

"Art 20 O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

§ 4º As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

Art 21 Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive

quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

IV o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

V o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada."

Naquele período, a principal relevância do tema dizia respeito aos reflexos do ágio na apuração do ganho de capital, por ocasião da alienação dos investimentos, o que era regulado pelos arts. 25 e 33 do citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Com a Medida Provisória nº 1.602, de 1997, surge dispositivo específico para o tratamento das hipóteses de incorporação de pessoa jurídica em que se detenha participação societária adquirida com ágio. Conforme o item 11 da Exposição de Motivos daquela Norma, o referido regramento foi assim justificado:

"Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo."

Há doutrinadores, porém, que apontam que a norma em questão visava impulsionar o Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal, estimulando, com benefícios tributários, as reorganizações societárias.

Tal divergência não é relevante ao caso, sendo certo que a Lei nº 9.532, de 1997 (conversão da citada Medida Provisória), possuía a seguinte redação, à época dos fatos geradores:

"Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária."

No bojo do alinhamento da legislação nacional às normas internacionais de contabilidade, o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, foi modificado pela Lei nº 12.973, de 2014, sendo que, uma vez que tais alterações se deram em data posterior aos fatos geradores de que tratam os presentes autos, nenhum reflexo possuem na análise em curso.

Do ágio na legislação contábil repulsa ao "ágio interno"

O que é relevante ao caso, isso sim, é a observação da disciplina conferida pela contabilidade à apuração e contabilização do ágio nas operações de aquisição de participações societárias.

Até a Lei nº 11.638, de 2007, editada exatamente com o propósito de harmonização com as normas contábeis internacionais, o tratamento contábil do ágio era similar àquele conferido pela legislação tributária.

Ambas as regulamentações, contábil e tributária, possuíam como base a aplicação do método da equivalência patrimonial, de modo que se verificava o que Roberto Salles Lopes (Conceito de Renda para Fins Tributários e IFRS, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 216217) denomina de "*duplicidade normativa*".

Diferentemente do que defende a Recorrente, este autor aponta (op. cit., pp. 218-221) a identidade, desde o princípio, entre as normativas do âmbito contábil (Norma e Procedimento de Contabilidade NPC VI, de 1981, do Instituto de

Audidores Independentes do Brasil Ibracon, e Instrução nº 247, de 1996, da Comissão de Valores Mobiliários CVM, por exemplo) e tributário.

Na Introdução da citada NPC VI se registra explicitamente tal alinhamento, apontando que a legislação tributária referente à avaliação de investimento trazida pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, na verdade, foi produzida no intuito de adotar os critérios contábeis, decorrentes do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e da normatização expedida pela CVM, para as companhias abertas, por delegação da referida Lei:

"2. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, definiu os novos critérios de avaliação dos investimentos e, em 27 de abril de 1978, a Comissão de Valores Mobiliários CVM emitiu a Instrução CVM nº 01, dispondo sobre as normas e procedimentos para contabilização e elaboração de demonstrações contábeis relativas a ajustes decorrentes de avaliação de investimentos relevantes de companhia aberta em sociedades coligadas e em sociedades controladas. Através do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e alterações subseqüentes, a legislação do imposto de renda foi também modificada para reconhecer os novos critérios contábeis de avaliação de investimentos."

Seguindo a mesma lógica, não havia diferenciação no tratamento conferido pelas legislações contábil e tributária em relação ao chamado "ágio interno".

Já àquela época, a Resolução CFC nº 1.110, de 2007, que aprovou a Norma Brasileira de Contabilidade NBC T 19.10, era explícita que:

"120 O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado."

Tal posicionamento, na verdade, apresentava-se em consonância com um dos Princípios da Contabilidade estabelecidos pela Resolução CFC nº 750, de 1993:

"SEÇÃO IV

O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único – Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;

III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;

IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada;

V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos." (Grifos não-originais)

No mesmo sentido, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou o célebre Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, que, em seu item 20.1.7, assim dispunha:

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse

aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.”

O Pronunciamento Técnico CPC 04, aprovado em 03 de outubro de 2008, também repelia o reconhecimento do ágio gerado internamente, afastando, inclusive, a sua classificação como ativo:

“Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (Goodwill) gerado internamente

47. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

48. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com segurança ao custo.

49. As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade.”

Assim, entendo ser inegável a conclusão de que, mesmo antes de a Lei nº 12.973, de 2014, alterar o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o tratamento conferido por este dispositivo não era aplicável ao ágio gerado entre partes relacionadas.

É que, como bem apontado pela Recorrente, em sua Impugnação, à luz dos artigos 7.º e 8.º da Lei 9.532/97, a dedutibilidade das despesas de amortização fiscal do ágio está condicionada à observância de quatro requisitos:

“(i) Primeiro Requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio;

(ii) Segundo Requisito: Avaliação do investimento com base no Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”), nos termos do Artigo 248 da Lei das S.A.;

(iii) Terceiro Requisito: Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e

(iv) Quarto Requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que o ágio está contabilizado e a sociedade que o fundamenta."

Obviamente, o cumprimento dos referidos requisitos, para permitir a dedutibilidade do ágio, não pode ser algo meramente formal, mas deve expressar a realidade dos fatos havidos.

No caso das reorganizações realizadas inteiramente intragrupo (em especial, como no caso sob apreço, por meio de incorporação de ações), pelo menos duas das exigências citadas deixam de existir ou, ao menos, perdem a capacidade de serem auferidas por terceiros desinteressados do negócio, de modo a ser afastada a sua artificialidade: o pagamento do ágio e a expectativa de rentabilidade futura.

O tema já é bastante conhecido no âmbito do CARF, e operações de tal tipo tem merecido a justa repulsa, conforme ementas a seguir:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano-calendário: 2011

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Se os atos de reorganização societária registrados pela recorrente, ainda que formalmente regulares, não configuram uma efetiva aquisição de participação societária mas mera permuta de ativos dentro do grupo de empresas sob controle comum, correta a glosa dos valores amortizados como ágio." (Acórdão nº 1201002.479, de 19 de setembro de 2018, Redatora designada Conselheira Eva Maria Los)

"ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica. A inexistência de um legítimo propósito comercial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais concorre para o impedimento da utilização do referido ágio." (Acórdão nº 1401002.883, de 18 de setembro de 2018, Redator designado Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto)

"ÁGIO INTERNO. GOODWILL. AMORTIZAÇÃO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmissível o reconhecimento e amortização de ágio resultado de operações entre empresas do mesmo grupo econômico, sem a intervenção de partes independentes.

O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado." (Acórdão nº 2402006.571, de 12 de setembro de 2018, Relator Conselheiro Luís Henrique Dias Lima)

"AGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição. Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.

ÁGIO INTERNO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

O ágio criado artificialmente a partir de operações celebradas exclusivamente entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e submetidas a controle comum e sem a efetiva circulação de riquezas que justifique a contabilização de sobrepreço não se presta a produzir efeitos tributários. Assim, não se presta o "ágio interno" a aumentar o valor patrimonial de um bem ou a reduzir/eliminar o ganho de capital auferido com a sua alienação." (Acórdão nº 9101003.446, de 06 de março de 2018, Redatora designada Conselheira Cristiane Silva Costa)

Do caso concreto

No caso sob análise, na forma do Protocolo de Incorporação de Ações de fls. 124 a 132, a Recorrente (então denominada TELECOMUNICAÇÃO DE SÃO PAULO S.A. TELESP) acordou a Incorporação de Ações da Vivo Participações S.A.

As duas empresas, como já relatado, estavam debaixo do controle da Telefónica S.A, integrando o mesmo Grupo, conforme reconhecido por elas, no Requerimento à Anatel de fls. 234 a 241:

"1.3 *Como resultado de operação realizada no exterior, na sequência da retirada da Portugal Telecom do capital da Brasilcel, a Telefónica passou a ser a titular das*

ações das holdings brasileiras da cadeia de controle da Vivo Participações, até então detidas por ela, Telefónica, por meio da holding |Brasilcel,

I.4 *Desta forma, o controle societário da Vivo Participações e da Vivo é, em última instância, detido pela Telefónica.*

(...)

II.2 *A Telesp é controlada pela Telefónica Internacional, S.A.,*

(...)

III.1 *A reestruturação societária que se pretende implantar e para a qual se requer a autorização dessa D. Agência objetiva a simplificação da estrutura organizacional atual do Grupo Telefónica no país, que conta com duas companhias abertas Vivo Participações e Telesp ..."*

Pelo ajuste, as referidas Companhias acertaram que a TELESP promoveria aumento de capital equivalente ao valor de avaliação da Vivo, enquanto os acionistas desta última empresa receberiam, em substituição às ações da Vivo, novas ações de emissão da TELESP, conforme trechos a seguir:

3.4 Aumento de capital da Telesp em razão da Incorporação de Ações: Caso aprovada a incorporação das ações da Vivo Part. pela Telesp por seus acionistas conforme disposto no item 3.2. acima, o montante equivalente ao valor das ações da Vivo Part. avaliadas em R\$ 31.222.629.890,89 (trinta e um bilhões, duzentos e vinte e dois milhões, seiscentos e vinte e nove mil, oitocentos, noventa reais e oitenta e nove centavos), nos termos do Laudo de Aumento de Capital será incorporado ao patrimônio da Telesp. Desta forma, o capital social da Telesp passará a ser de R\$ 37.798.109.745,03 (trinta e sete bilhões, setecentos e noventa e oito milhões, cento e nove mil, setecentos e quarenta e cinco reais e três centavos).

4.2 Relação de Substituição: Os acionistas da Vivo Part. receberão, em substituição às ações por eles atualmente detidas na Vivo Part., novas ações de emissão da Telesp, da mesma espécie das que detêm no capital da Vivo Part. de acordo com o critério referido no item 4.1. acima. A relação de substituição das ações atualmente detidas pelos acionistas da Vivo Part. por novas ações a serem emitidas pela Telesp, consoante os critérios acima referidos, definidos pelas Partes e considerada a recomendação dos Comitês Especiais referidos no item 4.4 abaixo é a seguinte: para cada ação ordinária e preferencial da Vivo Part., serão emitidas 1,55 novas ações da mesma espécie da Telesp.

Fica patente, portanto, pelo referido Protocolo, que a operação se deu sem qualquer sacrifício financeiro por parte da TELESP, mediante mera troca de ações.

A TELESP não pagou qualquer valor pela Vivo. Simplesmente, emitiu novas ações (aumento do Capital) em valor equivalente ao valor de avaliação desta última Companhia (aumento do Ativo). Ou seja, mero lançamento contábil, conforme a seguir demonstrado:

Conta	Lançamento	Valor
14111140	D - Investimento VPAR - Patrimônio Líquido Ajustado	9.011.273.000
14111214	D - Ágio	22.211.356.891
25111000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (ON)	(10.725.753.775)
25112000	C - Incorporação das ações VIVO Part. 27/04/2011 (PN)	(20.496.876.116)

A operação, contudo, faz surgir no patrimônio da TELESP o ágio objeto de discussão no presente processo, o qual derivou de avaliação realizada pela empresa Planconsult, **a partir de informações exclusivamente fornecidas pela Vivo**, conforme constante do Laudo de Avaliação e bem destacado pelo TVF de fls. 2.231 a 2.278:

"O laudo de avaliação da Vivo Participações S/A (Doc. 08) que fundamentou o ágio reconhecido contabilmente no sujeito passivo, datado de 25/03/2011, foi elaborado pela Planconsult com base no método de fluxo de caixa descontado a valor presente, para a data base de 31/12/2010, o qual concluiu que o valor econômico das ações da empresa avaliada seria de R\$ 31.222.629.890,89.

O item 4 do aludido laudo de avaliação observa que:

"4. PREMISSAS ADOTADAS PARA O FLUXO DE CAIXA

*As informações utilizadas na presente avaliação da VIVO PART tiveram como principal origem os balanços analíticos dos exercícios de 2009 a 2010 e **projeções estratégicas, complementadas com outras**, tais como, investimentos, endividamento, impostos, despesas administrativas, despesas comerciais e previsão de evolução, **todas elas fornecidas pelos administradores da VIVO PART.**"* (grifo nosso)

Portanto, as ações da Vivo Participações S/A foram precificadas com base em premissas fornecidas pela sua própria administração, mas não foram validadas pelo mercado numa negociação de compra e venda entre partes independentes ou não relacionadas, considerando que a empresa avaliada era controlada direta e indiretamente pelo mesmo controlador do sujeito passivo, incorporador das ações da Vivo Participações S/A, como veremos mais adiante."

Fica patente, portanto, a dissociação entre os fatos concretos e a hipótese normativa que permite a amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 12.973, de 2014.

É que, como afirmado, o primeiro pressuposto para a referida amortização é a existência de um ágio pago por ocasião da aquisição de investimento em participação societária.

Como visto, porém, a TELESP não pagou qualquer ágio pela Incorporação das Ações da Vivo. Tão somente aumentou o seu capital e emitiu novas ações que foram repassadas aos acionistas desta última Companhia.

Estando as duas Companhias, como já dito, debaixo do mesmo controle societário, a operação não proporcionou nenhum sacrifício, nenhum "pagamento" de ágio.

A par disso, o valor econômico atribuído às ações da Vivo é fruto de meras projeções internas desta pessoa jurídica, e foi acatado sem questionamento pela

Incorporadora, parte da mesma organização societária, visto que isto lhe produziria evidentes benefícios tributários.

Ao contrário do alegado, a conclusão da Autoridade Fiscal e das instâncias julgadoras não "*foi fundamentada em meras presunções e ilações*", mas na adequada técnica contábil, que enseja a perfeita base de cálculo sobre a qual incidirão os tributos.

O suposto "ágio", portanto, jamais poderia impactar a apuração do IRPJ e da CSLL, posto que, como já fartamente demonstrado, à luz da doutrina e legislação contábil, sequer poderia ser mantido na contabilidade, devendo ser baixado.

O procedimento correto, em operações como a realizada, seria o registro pelo valores constantes nas escriturações contábeis das pessoas jurídicas envolvidas.

Como bem apontado pela autoridade fiscal, a Recorrente, inclusive, foi alertada pela sua assessoria jurídica, no âmbito da operação societária, de que, em decorrência de a transação se dar sob controle único, a relação de substituição das ações das Companhias deveria ser "*calculada com base nos patrimônios líquidos das sociedades envolvidas, a preços de mercado*" (fl. 679).

Ou seja, era do conhecimento da Recorrente de que a metodologia adotada para a determinação do "ágio" não era a adequada ao tipo de operação desenvolvida.

Na verdade, em que pese a Recorrente apontar que a autoridade fiscal não desqualificou especificamente o laudo de avaliação (a razão é óbvia: todo o laudo não se presta a produzir efeitos tributários, em decorrência da operação realizada), a própria Recorrente reconheceu que do total de R\$ 169.401.453,00 amortizado mensalmente, apenas R\$ 54.950.786,00 corresponderia a expectativa de rentabilidade futura, sendo o restante (cerca de 70%) relativo a licenças (intangível), cuja amortização fiscal é vedada pelo art. 386, inciso II, do RIR/99.

A tese da Recorrente de inexistência de regramento específico para abordar situações como a tratada nos autos não é admissível, conforme referencial teórico trazido no item anterior.

Tampouco procede a alegação de incompetência da autoridade fiscal para contestar a forma de contabilização adotada pelo contribuinte, uma vez que, sabidamente, é a partir dos registros contábeis que são apuradas as bases de cálculo dos tributos devidos.

Inadmissível que a autoridade fiscal esteja obrigada a acatar a contabilidade apresentada pelo sujeito passivo sem verificação do seu alinhamento com a legislação contábil.

Igualmente, a alegação da Recorrente de que haveria o envolvimento de terceiros na transação (acionistas minoritários), o que a validaria, não merece ser acolhida.

Primeiro, como trecho já transcrito do Requerimento de anuência prévia apresentado pela Recorrente e pela Vivo à Anatel, é confessada a natureza intragrupo da operação.

A par disso, como bem apontado pela autoridade fiscal:

"Pelo exposto, conclui-se que os acionistas minoritários de empresas relacionadas envolvidas numa combinação de negócios, vinculadas por uma relação de controle, encontram-se numa posição de vulnerabilidade exatamente por estarem sujeitos à vontade preponderante do acionista controlador (no caso de incorporação de controlada ou de incorporação de ações de controlada) ou a do acionista controlador comum das empresas envolvidas na transação (no caso de incorporação entre empresas sob controle comum ou de incorporação de ações entre empresas sob controle comum), o qual, por não ter que confrontar uma outra maioria acionária antagonica, na prática "transaciona consigo mesmo".

(...)

Dessa forma, como os acionistas não são chamados a realizar desembolsos financeiros pelas ações recebidas, a preocupação com a preservação dos interesses dos minoritários recai primordialmente sobre a quantidade de ações a receber da empresa incorporadora, como contrapartida pela transferência de suas ações representativas do capital social da empresa tornada subsidiária integral na operação, proporção, esta, tecnicamente conhecida como relação de troca ou relação de substituição.

(...)

Fundamentalmente, interessariam aos acionistas minoritários, pois, saber a equitatividade da relação de troca definida em protocolo, por qualquer que seja o critério utilizado para a aferição dessa proporção, sendo irrelevante o valor eleito pela administração da companhia na contabilização da operação desde que recebam a quantidade justa de ações por aquelas entregues na transação, até porque não são chamados a efetuar desembolsos pelas ações recebidas e raramente se apresentam espontaneamente para pagar os tributos incidentes sobre o suposto ganho de capital decorrente da contabilização de patrimônios superestimados, no caso de ex-acionistas da empresa adquirida.

No entanto, cumpre observar que os benefícios fiscais pretendidos dedutibilidade da amortização do ágio formado a partir da superestimação dos patrimônios das empresas transacionadas e possibilidade de gerar despesas maiores a título de juros sobre o capital próprio (JCP), em face do Patrimônio Líquido estar artificialmente inflado aproveitam também aos novos acionistas que tiveram suas antigas ações incorporadas, sejam eles controladores ou minoritários.

(...)

Ocorre que os acionistas minoritários somente deliberariam contrariamente à incorporação de ações na hipótese em que a relação de troca não se mostrasse satisfatória, e ainda assim não conseguiriam impedir a

aprovação dos termos e condições propostas pelo controlador, posto que este deteria ações com direito a voto suficientes para impor sua vontade. "

Ou seja, não apenas os acionistas minoritários se encontravam em posição em que não podiam interferir substancialmente no negócio entabulado, como também foram beneficiados do valor atribuído à Vivo, na incorporação de ações, de modo que não possuíam interesse em contrapô-lo.

Em relação à utilização do Método de Aquisição e aplicação do Pronunciamento CPC nº 15, é impecável o posicionamento da decisão recorrida, no sentido de que:

"...o pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum, assim entendida a combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.

Essa constatação também é atemporal. Não são os Pronunciamentos, as Interpretações e as Orientações do CPC nem as normas internacionais de contabilidade emitidas pelo IASB que criaram essa condição."

O argumento da Recorrente é que *"a aplicação do Método de Aquisição e o reconhecimento do ágio na incorporação de ações são mandatórios em transações com substância econômica e envolvimento de partes não relacionadas"*.

O fundamento da Recorrente serve perfeitamente para afastar a metodologia defendida. É que, estando fartamente demonstrada a natureza intragrupo e meramente escritural das transações, não é possível, por tal razão, considerar que possuem substância econômica e envolvimento de partes não relacionadas. Inaplicável, portanto, o método invocado.

Diferentemente do alegado pela Recorrente, é indubitável que o CPC 15 não tem aplicação à hipótese dos autos, como leciona Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke, Arioaldo dos Santos e Sérgio de Iudicibus (Manual de Contabilidade Societária, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 478):

"...o CPC 15 (R1) não discute as situações em que não há, de fato, transferência de controle. Assim, estão excluídos dele os casos em que um grupo de empresas faz com que uma das empresas do grupo "compre" outra empresa que já pertença ao mesmo grupo. Transações entre entidades sob controle comum não estão abrangidas pelo CPC 15 e não são discutidas neste capítulo;"

Finalmente, o próprio CPC 15, como bem destacado pela autoridade fiscal, afasta o argumento de que a presença dos acionistas minoritários desfaria a natureza interna na operação:

- B4. *A extensão da participação de não controladores em cada entidade da combinação, antes ou depois da combinação de negócios, não é relevante para determinar se a combinação envolve entidades sob controle comum. (...)"*

A decisão recorrida, deste modo, revela-se irretocável, pelo que deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário quanto a tal tópico.

Robusto e muito bem fundamentado o voto acima reproduzido.

A questão fulcral da presente autuação é que a operação de reestruturação societária deu-se entre partes sujeitas a um só controle societário. Tal fato é incontroverso nos autos e foi destacado pela PGFN em contrarrazões, conforme seguinte excerto dela reproduzido:

Por último, destacamos que **a natureza interna das operações também foi reconhecida pelo própria Telefônica Brasil em seu Formulário de Referência de 2011**, onde foi ressaltado que **as operações não foram submetidas ao CADE por decorrerem de um mero rearranjo interno do grupo**:

A presente Reestruturação Societária foi submetida à autorização da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, tendo sido aprovada em reunião do Conselho Diretor da referida Agência realizada em 24 de março de 2011. **Por se tratar de Reestruturação Societária entre Companhias pertencentes a um mesmo grupo econômico, a operação aqui descrita não está sujeita à aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.**

A Recorrente pretende convencer que não há impedimento legal para que esse tipo de evento resulte em formação de ágio e seu posterior aproveitamento como despesa dedutível para a apuração do IRPJ e da CSLL. Tal pretensão foi peremptoriamente afastada pelos argumentos acima transcritos, sejam eles contábeis, sejam jurídicos.

Ademais, há que se destacar que os atos praticados sob o mesmo controle acionário, vale dizer, envolvendo pessoas jurídicas sujeitas a uma única vontade, padecem de credibilidade no que se refere a dois aspectos essenciais à configuração do ágio: o valor do ágio em si e a forma como se dará seu pagamento. Não se pode evitar esta conclusão quando quem decide o preço de venda e a forma e meios do pagamento decorrente da operação é a mesma entidade. porque a Lei nº 9.532, de 1997, em seus artigos 7º e 8º, **jamais pode ser interpretada como permissiva de dedutibilidade de uma despesa que foi artificialmente criada dentro do mesmo grupo econômico. A Autuada, em nenhum momento, comprovou a realização de pagamento ou transferência de recursos relacionado ao ágio gerado internamente.**

Além desse argumento, a defesa insiste que a existência do que considera “contingente substancial de acionistas minoritários” que transmutaria a natureza do negócio jurídico celebrado e, por conseguinte, do “ágio” gerado, que não seria interno, no seu entendimento. Eis uma pequena passagem da peça recursal que aborda o tema:

70. A Recorrente e a Vivo Par, como dito acima, eram companhias abertas com ações negociadas na BM&F Bovespa e ADRs negociados na NYSE. No momento da incorporação de ações da Vivo Par, a Recorrente tinha (i) aproximadamente 12% de acionistas não controladores, enquanto a (ii) Vivo Par tinha cerca de 38% de acionistas não controladores, isto é, contingente substancial de acionistas minoritários que jamais foram relacionados ao controlador comum. Tais percentuais representam um número significativo de acionistas não relacionados, que tinham condições de avaliar o efetivo benefício da união de base acionária proposta. Eram sujeitos totalmente independentes da Recorrente, que adquiriram ações da Vivo Par na bolsa de valores e que com ela não tinham qualquer vínculo societário.

71. Essa constatação, por si só, leva à necessidade de esse E. CARF reconhecer, de pronto, que (i) o presente caso não trata de um "ágio interno", reconhecido em transação realizada sem substância econômica e exclusivamente entre partes relacionadas, tratando-se, em verdade, de **transação legítima e realizada de acordo com estritos parâmetros de mercado em bolsa de valores** assim como significativas razões negociais e econômicas evidenciadas nos presentes autos; e (ii) a parcela do ágio paga aos acionistas não controladores (aproximadamente 38% do capital acionário da Vivo Par), **sob qualquer perspectiva, não pode ser considerado como "interno"**, já que corresponde à aquisição de ações detidas por terceiros totalmente não relacionados ao Grupo Telefônica.

Não procedem os argumentos da Recorrente. Resta incontroverso nos autos que a Telefônica SA (espanhola) detinha o controle tanto da Vivo Participações (onde detinha aproximadamente 62,25% das ações com direito a voto) como da Telefônica Brasil SA (Recorrente, onde detinha 88% das ações com direito a voto).

Estes fatos não são afetados pela existência de sócios minoritários, ainda que estes totalizem 37% das ações com direito a voto. Mesmo com esse contingente de minoritários, o poder decisório cabe, ou coube na operação em análise, unicamente à controladora, Telefônica SA.

Note-se, ainda, que os acionistas minoritários não alienaram suas participações na Vivo Participações para a Recorrente. Não consta dos autos nenhum documento que indique que os acionistas minoritários da Vivo Participações se desfizeram de suas posições acionárias em favor da Telefônica Brasil. O que ocorreu, tão somente, foi o deslocamento interno dos acionistas, que deixaram de sê-lo em relação à Vivo Participações (extinta por incorporação) e passaram à condição de acionistas da Telefônica Brasil (Telesp). A PGFN abordou a questão com pertinácia:

Antes das operações, o grupo TELEFONICA detinha 62% do capital da VIVO PAR e os acionistas minoritários, 37%. Ou seja, os direitos aos resultados da VIVO PAR eram divididos entre o grupo TELEFONICA e os acionistas minoritários. Após as operações, a TELESP passou a ser a única acionista da VIVO PAR, e os antigos acionistas da VIVO PAR passaram a ser acionistas da TELESP, sendo que a relação de troca foi pautada na comparação nos resultados futuros de ambas as empresas.

Ou seja, se antes os acionistas detinham participação direta nos resultados da VIVO PAR, após as operações **esses acionistas passaram a deter a mesma participação, MAS DE FORMA INDIRETA**, por meio da TELESP. Em resumo, em face das operações praticadas, **não houve qualquer alienação pelos acionistas de qualquer rentabilidade da VIVO PAR, mas sim a transformação de suas participações diretas em participações indiretas.**

A ausência de alienação de rentabilidade foi assegurada pelos acionistas envolvidos em face do critério aplicado na relação de troca das ações da TELESP e da VIVO PAR. Como tal troca foi pautada na rentabilidade futura das empresas envolvidas, ficou assegurado que nenhum acionista abriria mão da rentabilidade que já detinha. Assim, ficou assegurado que todos os acionistas da VIVO PAR receberiam ações da TELESP que corresponderiam aos resultados da sua antiga companhia. Nesse sentido, registramos o seguinte trecho do Protocolo de Incorporação de Ações da VIVO PAR pela TELESP:

4. RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES, DIREITOS POLÍTICOS E PATRIMONIAIS.

4.1 Critério de Determinação da Relação de Substituição e Avaliação: A relação de substituição das ações de emissão da Vivo Part. a serem incorporadas pela Telesp foi determinada pelas administrações das Companhias, considerada a recomendação dos Comitês Especiais aos quais se refere o item 4.4. abaixo. Os Comitês Especiais utilizaram como base para a negociação das relações de substituição, os respectivos valores econômicos destas, apurados pelos assessores financeiros indicados para tanto pelos Comitês Especiais, sendo a Signatura Lazard Assessoria Financeira Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 06.955.244/0001-04, com sede na Av. Brigadeiro Faria Lima, 2277 - 8º Andar, Jardim Paulistano, São Paulo - SP (“Signatura Lazard”) indicada pelo Comitê Especial da Vivo Part. e o Banco Santander (Brasil) S.A. instituição financeira inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 90.400.888/0001-42, com sede na Av. Juscelino Kubitschek, 2235 – 24º andar, Vila Olímpia, São Paulo – SP (“Santander”) indicada pelo Comitê Especial da Telesp, com base na metodologia de fluxo de caixa descontado, na Data Base (“Relatórios de Avaliação”).

Portanto, **ainda que pareça** que o grupo TELEFONICA adquiriu rentabilidade da VIVO PAR antes detidas pelos acionistas minoritários, **na realidade não houve qualquer aquisição.** Isso porque **tais minoritários não foram extirpados dos resultados da VIVO, mas apenas passaram a deter a mesma participação, mas de maneira indireta, por meio da TELESP.**

Tal destaque é relevante porque o recorrente, a fim de defender a existência do ágio, se socorre em inúmeros momentos à participação nas operações dos acionistas minoritários da VIVO PAR. Assim, segundo ele, pelo menos 37% do ágio seria inequivocamente válido, pois decorria da aquisição das ações da VIVO PAR que antes não eram detidas pelo grupo TELEFONICA. Mas, como visto, **não houve alienação alguma, houve mero deslocamento interno dos acionistas. Diferente seria, talvez, se os minoritários da VIVO PAR tivessem sido retirados do grupo.** Mas não foi esse o caso.

Nesse diapasão, comparando a situação inicial dos acionistas das companhias TELESP e VIVO PAR com o resultado final obtido, vemos que, **tal como consta do contexto negocial declarado, houve a desejada unificação da base acionária**. Para tanto, todos os acionistas da VIVO PAR (empresas do grupo TELEFONICA e minoritários) passaram a ser acionistas da TELESP.

Não se sustentam, portanto, os dois argumentos principais da Recorrente em relação aos minoritários. Uma, porque sua presença não altera, em nada, o controle exercido pela Telefónica SA (Espanha), duas porque não houve alienação de participações societárias pelos minoritários, não havendo que se falar em ágio também em relação a eles.

Por fim, reitera-se que não houve na operação qualquer sacrifício econômico ou financeiro que pudesse justificar a existência do ágio. A autoridade fiscal inclusive intimou a Interessada a informar se houve pagamento de tributos sobre o ganho de capital decorrente da operação de incorporação das ações por seu valor econômico e obteve, como resposta, a informação que não houve ganho de capital auferido pelos acionistas (TVF, fl. 15.356):

O intuito de se aproveitar das vantagens tributárias indevidas, advindas da geração artificial desse ágio interno, na forma de redução das bases imponíveis pelos ajustes promovidos na escrituração fiscal, fica ainda mais evidente quando se verifica que **não houve quaisquer recolhimentos de tributos** incidentes sobre o reverso do ágio, que é o **ganho de capital**.

“Pergunta: Informar se houve pagamento dos tributos incidentes sobre os ganhos de capital decorrentes da contabilização da incorporação de ações pelo seu valor econômico, tanto por parte do sujeito passivo como por parte dos antigos sócios da Vivo Participações S.A., e apresentar documentação que comprove o pagamento desses tributos, se for o caso. Em não tendo sido efetuado nenhum pagamento a esse título, justificar.

Resposta: A Fiscalizada informa que **não houve recolhimento de tributos quando da incorporação de ações a título de tributação de ganho de capital**. Isso porque, segundo as regras tributárias vigentes à época dos fatos, (i) a **Fiscalizada não estava obrigada a reter e recolher o imposto sobre a renda de eventual ganho de capital dos acionistas**; e/ou, (ii) **não houve ganho de capital auferido pelos acionistas**. A Fiscalizada coloca-se à disposição para fornecer discriminação de seus acionistas à época do evento. **“(grifo nosso)**.

Diante deste cenário, não há como evitar a dúvida: como poderia haver ágio de um lado da operação se o outro lado (alienante) não experimentou ganho de capital? Mais um argumento a reforçar a inexistência, no caso concreto, de ágio dedutível.

Por todo o exposto, não há como prover o recurso voluntário nesta matéria, impondo-se a manutenção da decisão recorrida.

2.3 – Excesso de dedução de JCP

A segunda infração imputada à Recorrente e ora submetida ao Colegiado diz respeito ao excesso de dedução de JCP.

Como bem salientaram tanto a decisão recorrida como o acórdão nº 1302-003.381, a questão ora em análise está vinculada à infração abordada no tópico anterior.

A linha de defesa da Recorrente pretende sustentar que o registro do ágio decorrente da incorporação das ações da Vivo Participações respeitou os regramentos legais e a disciplina contábil, ao passo que restou amplamente demonstrado no tópico anterior que as provas dos autos infirmam as conclusões da Contribuinte.

Neste sentido, como não foram acatadas as razões da Recorrente quanto ao ágio da incorporação da Vivo Participações, não há como afastar a glosa por excesso de dedução a título de JCP, já que o patrimônio líquido que serviu de base para o seu cálculo estava indevidamente majorado, como antes demonstrado.

Igualmente irrelevante a afirmação da Recorrente que a autoridade fiscal não teria especificado qual dos critérios dentre os previstos no art. 14 da Instrução Normativa RFB nº 1.397/2013 fora utilizado para o cálculo do limite de JCP. Ao contrário do que afirma em sua peça recursal, independentemente do critério adotado (que não foi contestado pela Contribuinte), restou devidamente demonstrado nos autos que a contabilização do ágio é ilegítima e não deve afetar o patrimônio líquido para fins do cálculo do limite de JCP.

Pelo exposto, não há como prover o recurso voluntário nesta matéria, impondo-se a manutenção da decisão recorrida.

2.4 – glosa de despesa com amortização do ágio decorrente da incorporação da GVT.

A terceira infração imputada pela autoridade fiscal à Recorrente diz respeito ao que considerou dedução indevida por amortização de ágio decorrente da incorporação da GVT.

Segundo o fisco, a Contribuinte figurou no contrato de compra e venda das participações societárias da GVT, mas não teve papel decisivo na avença, não dispunha de capacidade econômico-financeira de pagar o preço ajustado e estava formalmente submetida às decisões da sua controladora durante todo o processo levado a efeito para a conclusão da operação.

Arremata seu raciocínio concluindo que a atuação da Recorrente deu-se na condição de pessoa interposta entre a real adquirente (Telefónica SA – empresa espanhola) e a adquirida GVT.

Diante deste cenário, o ágio gerado na operação de aquisição das participações societárias da GVT não pode ser amortizado pela Recorrente já que a real adquirente é a Telefónica SA (empresa espanhola), que o ágio teria ocorrido no exterior (não no Brasil) e que não houve a indispensável confusão patrimonial entre a real investidora e a investida.

Já a Recorrente se insurge com veemência contra as conclusões da autoridade fiscal. Para ela, tanto a autoridade fiscal quanto a decisão recorrida teriam criado uma incabível “ficção jurídica” ou “realidade paralela” para concluir que a Telefónica Espanha fosse a real adquirente da GVT.

Sustenta ainda a autuada que todos os requisitos formais e substanciais do regime do ágio previsto na Lei nº 12.973/2014 foram observados, razão pela qual a amortização foi indevidamente glosada.

Discorre sobre a importância do negócio exercido pela GVT para a Recorrente, inclusive a expansão das suas atividades em função da operação societária empreendida.

Afirma que celebrou, com a Vivendi (empresa francesa controladora indireta da GVT Participações) Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, **na qualidade de “Compradora”** e que o instrumento foi firmado sob a égide da legislação brasileira.

Argumenta que para fazer frente ao investimento previsto no contrato, lançou mão da Oferta Pública de Ações (OPA) que resultou no aumento de R\$ 16.107.285.058,80. em seu capital social. Quanto ao aumento do seu capital social, sustenta que a participação das sociedades que integram o grupo Telefónica foi proporcional à participação anteriormente detida por cada empresa e que os minoritários também aportaram capital por aderirem à OPA.

Destaca também que todos os atos societários foram objeto de aprovação pela Anatel e pelo CADE.

Afirma que após o fechamento da operação e tendo em vista o sucesso da OPA, pagou aos vendedores o preço em dinheiro previsto no contrato de compra e venda, bem como que adquiriu ações remanescentes pertencentes à SIG 108(subsidiária da Vivendi). Informa também que reteve e recolheu o IRRF incidente sobre o ganho de capital auferido pela SIG 108 e SIG 72 e que a RFB expressamente reconheceu, no processo nº 16561.720103/2019-92, que a Recorrente seria a adquirente responsável pela retenção e recolhimento do IRRF.

Que, dada a conclusão das operações societárias, registrou o ágio incorrido nos termos preconizados pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, com a redação conferida pela Lei nº 12.973/2014. Informa também que em 2016 incorporou, por razões empresariais, a investida GVT, passando a amortizar o ágio a partir deste evento.

Discorre longamente sobre o equívoco cometido pela DRJ ao considerar a Telefónica Espanha como real adquirente da GVT; que a propriedade do investimento validamente adquirido por atos jurídicos válidos não pode ser desconsiderada.

Combate o fundamento da autuação fiscal (recursos oriundos do exterior) com a afirmação que tal argumento não é válido para os investidores terceiros que subscreveram a OPA, tampouco para o pagamento de parcela do preço em ações da Recorrente.

Argumenta finalmente que a DRJ, ao afastar a imposição da multa qualificada, atesta que não houve vícios nas operações empreendidas e que as decisões da CSRF citadas no acórdão recorrido não se aplicam ao caso ora em julgamento.

Penso que os argumentos da Recorrente, apresentados em uma bem construída peça de defesa, não são suficientes para reformar a decisão proferida pela DRJ.

A questão fulcral para a autuação fiscal não foi adequadamente infirmada pela Recorrente. A autoridade autuante concluiu que o ágio gerado na operação societária empreendida foi suportado pela Telefónica Espanha e não pela Recorrente. E demonstrou ainda que a controladora Telefónica SA estabeleceu, com a Vivendi (controladora indireta da GVT) um acordo para a aquisição da GVT por meio da Telefônica do Brasil. Veja-se a passagem do TVF (fl. 15.372) que aborda a questão:

8.3 – DO ADQUIRENTE DE FATO – TELEFÔNICA SA COM SEDE NA ESPANHA

Analisando as Demonstrações Financeiras apresentadas pela controladora do Grupo Telefônica na Espanha, Telefônica SA, juntado aos autos, relativa a 2015, observa-se que a aquisição da GVT constou em destaque neste conjunto de relatórios.

A partir da leitura do título sobre a operação da GVT, extrai-se:

Em 19 de setembro de 2014 a Telefônica, SA assinou um acordo com a Vivendi SA, para a aquisição pela Telefônica Brasil, SA da Global Village Telecom, SA e sua empresa holding GVT Participações, SA (em conjunto “GVT”) pelo valor em dinheiro de 4.663 milhões de euros (mediante pagamento à vista e assunção de dívida), bem como a entrega de ações representativas de 12% do capital social da nova Telefônica Brasil, SA resultante da integração com a GVT. [traduzido pelo Auditor Fiscal]1

Fonte: Telefônica SA - Financial Report 2015 - pág 25.

O texto parece bastante claro. A Telefónica SA (Espanha) assinou acordo com a Vivendi para a aquisição, pela Telefônica Brasil, da GVT e GVT Participações. A Recorrente, nos exatos termos anunciados por sua controladora, seria o seu instrumento, o meio, a intermediária utilizada para a aquisição da GVT. E quando se diz “instrumento ou intermediária” não se está desmerecendo a condição da controlada brasileira, mas tão somente evidenciando o papel que ela desempenhou na operação. As duas controladoras sediadas na Europa tomaram a decisão sobre o que seria feito e as respectivas controladas ficaram obrigadas, compelidas, a operacionalizar a avença. Esta condição de ausência de autonomia para decidir por parte da Telefônica Brasil foi igualmente destacada pela autoridade fiscal:

Analisando em maior detalhe o Contrato de Compra e Venda, observa-se que a Telefônica Brasil figura como compradora. Contudo, o papel exercido pela controladora espanhola Telefônica SA no contrato precisa ser destacado.

A partir do contrato, extrai-se as obrigações assumidas pela Telefônica SA (espanhola), conforme segue:

(A) A Telefônica [Telefônica SA, com sede na Espanha] compromete-se, em caráter incondicional e irrevogável, a tomar todas as medidas necessárias para:

(i) exercer os direitos de voto que atualmente possui e quaisquer outros direitos de voto que possa adquirir no futuro para aprovar ou fazer com que sejam aprovadas as Operações, incluindo o Aumento de Capital da Vivo e a incorporação de ações;

(ii) garantir que a compradora cumpra todas as suas obrigações nos termos deste contrato, incluindo a entrega da contraprestação de ações e o pagamento da contraprestação em dinheiro às vendedoras (...);

(iii) garantir que o aumento de capital da Vivo seja realizado, integralmente subscrito e integralizado;

(iv) realizar as trocas de ações (...).

De fato, não há como se afastar a conclusão da autoridade fiscal. Diante dos termos acima transcritos, as principais obrigações contratuais ficaram estabelecidas para cumprimento pela controladora da Recorrente. A Telefônica Espanha obrigou-se a aprovar a operação (exercendo, como bem destaca a Recorrente, seu papel de controladora), mas também a garantir a entrega das ações e do pagamento em dinheiro que deveriam ser feitos pela Telefônica Brasil e mais, **que o capital social desta fosse aumentado e integralmente subscrito e integralizado.**

A Recorrente pretende convencer que era a parte contratante e que tomou as decisões para a realização do negócio, que seria do seu interesse exclusivo. Ilustra sua posição com as atas da 250ª e 254ª Reunião do Conselho de Administração da Recorrente, argumentando que desde o início participou das negociações com o grupo Vivendi. Eis as imagens das referidas atas apresentadas na peça recursal:

ATA DA 250ª REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

4. EXPOSIÇÕES E DELIBERAÇÕES:

4.1. Nos termos do artigo 17, inciso XXV, do Estatuto Social da Companhia, os Conselheiros presentes aprovaram, por unanimidade de votos, apreciar oportunidade de negócio consubstanciada na aquisição da totalidade do capital social de emissão da Global Village Telecom S.A. ("GVT"). Para tanto, aprovaram a apresentação e envio, pela Companhia em conjunto com a Telefónica S.A. ("Telefónica"), de oferta de compra dirigida à Vivendi S.A. ("Vivendi"), para a aquisição, pela Companhia, das ações representativas da totalidade do capital social da GVT, nos seguintes termos ("Oferta"):

ATA DA 254ª REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

4. EXPOSIÇÕES E DELIBERAÇÕES:

4.1. O Sr. Presidente esclareceu que como era do conhecimento de todos, após a proposta efetuada para a Vivendi S.A. ("Vivendi") a respeito da aquisição, pela Companhia, da integralidade do capital social da GVT Participações S.A. ("GVTPar"), sociedade controladora da Global Village Telecom S.A. ("GVT Operadora", sendo GVTPar, em conjunto com GVT Operadora, denominadas "GVT"), a Vivendi concedeu à Companhia e à Telefónica, S.A. um período de exclusividade mencionado no Fato Relevante datado de 29 de agosto de 2014 para negociação dos termos e condições da operação, que foi concluída nesta data. Deste modo, foram analisados os termos da transação conforme negociados e aprovada a assinatura, pelos Diretores da Companhia, do *Stock Purchase Agreement and Other Covenants* (Contrato de Compra e Venda e Outras Avenças) tratando da aquisição, pela Companhia, da totalidade das ações da GVTPar, bem como dos demais documentos relacionados, observadas as providências decorrentes das principais obrigações assumidas conforme segue.

- (a) Forma de pagamento do preço. Em contraprestação à aquisição das ações da GVT, conforme divulgado no Fato Relevante de 28 de agosto de 2014, a Companhia pagará aos Vendedores parte do preço em recursos financeiros e parte em ações a serem emitidas pela Companhia, conforme segue: (i) o valor de €4.663.000.000,00 (quatro bilhões, seiscentos e sessenta e três milhões de euros), a ser pago à vista em

De fato, não é controversa a participação da Recorrente no contrato. A sua controladora informou que a operação seria realizada por seu intermédio. Entretanto, note-se também que as duas atas mencionam a participação da Telefónica SA (espanhola) nas negociações a que se referem. A dúvida que remanesce é se a Recorrente, diante de todos os atributos que possui, carecia da participação da sua Controladora nos instrumentos celebrados com terceiros.

Fosse o negócio de seu exclusivo interesse, como reiteradamente afirmado no recurso voluntário, e detivesse a Recorrente capacidade econômico-financeira para assumir as obrigações contratuais, por qual razão haveria de participar de todos os atos do negócio a Controladora, domiciliada na Espanha?

A defesa questiona também qual seria o interesse da controladora na aquisição da GVT, nos seguintes termos:

374. Nesse sentido, pergunta-se: (i) fazia parte da estratégia da Telefónica Espanha realizar uma aquisição de forma independente da GVT que já atuava no mercado nacional com presença relevante? (ii) fazia parte da estratégia do grupo adquirir uma estrutura separada mantendo corpos diretivos e governança em absoluta separação? (iii) fazia parte da estratégia atuar no mercado brasileiro por

meio de duas empresas absolutamente separadas? (iv) houve integração da GVT com a Telefónica Espanha?

375. As respostas a esses questionamentos são todas negativas, o que se comprova pelos fatos: a aquisição da GVT pela Recorrente e sua posterior integração total por meio da incorporação, unificando as operações e permitindo a captura de significativas sinergias que beneficiaram diretamente as atividades operacionais da Recorrente, sem qualquer relação com a Telefónica Espanha.

Tem razão a Recorrente. As respostas aos questionamentos por ela formulados e por ela mesma respondidos parece mesmo ser não. O que não se sustenta é a conclusão final que afirma *“a aquisição da GVT pela Recorrente e sua posterior integração total por meio da incorporação, unificando as operações e permitindo a captura de significativas sinergias que beneficiaram diretamente as atividades operacionais da Recorrente, sem qualquer relação com a Telefónica Espanha”*. Ora, a relação com a Telefónica Espanha é tão nítida que ela, diante dos “nãos” aos questionamentos acima formulados pela Recorrente, determinou a esta que procedesse às operações societárias porque seria seu interesse (da controladora) que as duas empresas atuassem de modo unificado, tanto que a Telefónica SA (Espanha) assumiu formalmente o compromisso de concretizar a operação, inclusive garantindo que o aumento de capital da Recorrente seria feito, subscrito e integralizado. Assumir compromisso dessa monta sem ter interesse no negócio subjacente parece improvável. A decisão empresarial, como visto e acima demonstrado, foi da Telefónica, e não da Recorrente, que foi mero instrumento de realização do acordo celebrado com a Vivendi.

E aqui cabe um paralelo com o processo de incorporação da Vivo Participações, matéria tratada anteriormente neste voto. Relembre-se, a Telefónica (espanhola) detinha o controle da Vivo Participações e da Telefônica Brasil e procedeu à unificação das empresas conforme reorganização societária antes descrita. Tal fato ocorreu no ano de 2011 e, como visto alhures, resultou na criação de um ágio artificial (intragrupo), indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Não há dúvida que Telefónica SA (Espanhola), interessada direta na aquisição da GVT, poderia ter procedido do mesmo modo que procedeu em relação à incorporação da Vivo pela Telefônica Brasil. Bastaria a ela adquirir diretamente as ações das controladas da Vivendi que, por sua vez, controlavam a GVT e, posteriormente, proceder à unificação das empresas, após o “aumento” do capital social da GVT. O grupo empresarial detinha *know how* quanto à operação.

Entretanto, como consta nas demonstrações financeiras da Telefónica SA, o relato acima reproduzido noticia que as negociações com a Vivendi iniciaram-se em setembro de 2014 e nesta data a Lei nº 12.973/2014 já havia sido aprovada. E, como é consabido, esta Lei tornou expressa a vedação ao aproveitamento do ágio quando a operação ocorre entre partes relacionadas:

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida

com ágio por rentabilidade futura (goodwill) **decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no **inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

Ainda que para o fisco e para este julgador a vedação ao aproveitamento do ágio decorrente de operações entre partes relacionadas independa desta expressa disposição legal, o fato é que esta norma interditou o debate então existente sobre a validade dos planejamentos tributários construídos entre partes relacionadas para geração artificial de ágio.

Portanto, para a Telefónica SA (abstraindo-se o fato do ágio ter sido gerado no exterior) não interessava, na data em que decidiu adquirir a GVT, fazê-lo de forma direta para posterior unificação com a Telefônica Brasil, já que não teria como aproveitar o inevitável ágio que decorreria da aquisição, pois a unificação ocorreria entre partes relacionadas e sob a égide da nova lei.

O Grupo Empresarial tinha interesse na aquisição da GVT e na possibilidade de amortização do ágio que da operação resultaria. Assim, se a aquisição das ações das controladoras da GVT se desse por sua controlada brasileira, seria em tese possível, à luz das novas disposições legais, deduzir o ágio, posto que a operação ocorreria entre partes não relacionadas. Entretanto, uma operação de tal monta exigia uma grande disponibilidade financeira que a Telefônica Brasil não detinha, afinal a aquisição estava orçada na casa dos bilhões de euros.

Deu-se, então, o processo de capitalização da Telefônica Brasil para fazer frente às exigências contratuais para a aquisição da GVT. E, como bem descrito pela autoridade fiscal, quem assumiu o encargo financeiro da operação foi a Telefónica SA mediante a emissão de ações no mercado de capitais de Madri no valor de 3,05 bilhões de Euros. Peço vênua para reproduzir o excerto do TVF que trata da questão:

Contudo, em 17/04/2015, era divulgado na imprensa brasileira que a Telefônica SA, empresa espanhola líder do Grupo Telefônica, concluíra a captação de recursos em mercados de capitais através da emissão de 3,05 bilhões de euros em ações, com vistas a subscrever ações da Telefônica Brasil, como forma de financiar a aquisição da GVT.

As Demonstrações Financeiras da empresa espanhola Telefônica SA do ano 2015 informam a oferta pública de ações realizada por essa controladora do Grupo Telefônica no mercado de capitais de Madrid (Espanha) com registro em 20/04/2015, captando 3.048.350914,56 euros.

Em 20 de abril de 2015, a escritura pública que comprova o capital social aumento concedido pela Telefônica, S.A. foi registrado no Registro Comercial de Madrid por um valor nominal de 281.213.184 milhões de

euros registrados como “capital social”. A diferença com o valor efetivo emitido, no valor de 3.048.350.914,56 milhões de euros foi registrado como Prêmio de ações. [traduzido pelo Auditor Fiscal]2

Fonte: Telefônica SA - Financial Report 2015 - pág. 234.

Ressalte-se, por ser relevante, que a captação de recursos realizada pela Telefônica SA (empresa espanhola) ocorre antes do registro da OPA pela Telefônica Brasil. Esta fato é de suma importância, pois demonstra com clareza cristalina que tratou-se de operação estruturada, que envolveu primeiramente a negociação da compra da GVT pela empresa espanhola Telefônica SA, em seguida a captação de recursos pela empresa espanhola Telefônica SA para liquidar a operação, e somente ao final destas etapas o registro e apresentação da OPA pela Telefônica Brasil, OPA esta que se revestiu de mero jogo de cartas marcadas para aparentar legalidade perante as leis brasileiras a compra da GVT realizada pela empresa espanhola Telefônica SA. (destaques deste relator)

Pois bem. Uma vez captados recursos de mais de 3 bilhões de Euros no mercado de Madri, a Telefónica SA estava em condição de honrar a disposição contratual que lhe obrigava a aumentar, subscrever e integralizar o capital social da Telefônica Brasil para honrar o contrato de compra e venda da GVT. Relembre-se as disposições contratuais que obrigavam a empresa espanhola:

(i) exercer os direitos de voto que atualmente possui e quaisquer outros direitos de voto que possa adquirir no futuro para aprovar ou fazer com que sejam aprovadas as Operações, incluindo o Aumento de Capital da Vivo e a incorporação de ações;

(ii) garantir que a compradora cumpra todas as suas obrigações nos termos deste contrato, incluindo a entrega da contraprestação de ações e o pagamento da contraprestação em dinheiro às vendedoras (...);

(iii) garantir que o aumento de capital da Vivo seja realizado, integralmente subscrito e integralizado;

(iv) realizar as trocas de ações (...).

A questão que se impõe é: como alguém pode garantir que um aumento de capital seja subscrito e integralizado, se não mediante o aporte de recursos próprios? Ao assumir a obrigação acima destacada, a Telefónica se obrigou a aportar na Recorrente os recursos financeiros que seriam necessários para a realização do negócio jurídico que culminou com a aquisição da GVT.

Decorre daí que em 28/04/2015, a Recorrente registrou na CVM e apresentou ao mercado a propalada Oferta Pública de Ações (OPA) visando seu aumento de capital. Tal oferta, como visto, sucedeu à capitalização da Telefónica SA, que utilizou os recursos obtidos no mercado de capitais de Madri para adquirir ações da sua controlada brasileira, promovendo e integralizando seu aumento de capital.

Forçoso reconhecer que após a OPA, a composição do controle acionário da Telefônica Brasil praticamente não se alterou, conforme demonstrativo apresentado pela Recorrente:

Acionistas	Antes da Oferta Global				Composição Após a Oferta Global			
	Ações Ordinárias	%	Ações Preferenciais	%	Ações Ordinárias	%	Ações Preferenciais	%
SP Telecomunicações	222.595.149	58,37	29.042.853	3,91	294.158.155	58,48	38.537.435	3,91
Telefónica	97.976.194	25,69	179.862.845	24,24	129.610.302	25,77	238.662.942	24,23
Telefónica Internacional	28.859.918	7,57	271.707.098	36,62	46.746.635	9,29	360.532.578	36,60
Telefónica Chile S.A.	696.110	0,18	11.792	0,00	920.866	0,18	15.647	0,00
Administradores	1.511	0,00	1.305	0,00	1.511	0,00	1.305	0,00
Outros	31.206.789	8,18	261.307.680	35,22	31.609.442	6,28	347.269.914	35,26
Total	381.335.671	100	741.933.573	100	503.046.911	100	985.019.821	100

De acordo com o demonstrativo, o incremento da quantidade de ações após a OPA é notável. O controle societário, por outro lado, manteve-se praticamente o mesmo de antes da oferta pública. Para as ações preferenciais, a proporção de “outros acionistas” (excetuando-se os do grupo Telefônica) passou de 35,22% antes da OPA para 35,26% depois.

A conclusão evidente a partir desta constatação é que o volume de recursos financeiros para o aumento do capital social da Recorrente foi proveniente essencialmente do Grupo Telefónica, que havia se obrigado, através da Telefónica SA, a integralizar o valor correspondente ao aumento de capital social da Recorrente. O TVF descreve esta conclusão nos seguintes termos:

Desta comparação da distribuição acionária, conclui-se que o aumento de Capital da Telefônica Brasil, materializado por meio de Oferta Pública de Ações (OPA), foi cerca de 75% integralizado por empresas do próprio Grupo Telefônica. Trata-se, portanto, de recursos do Grupo injetados na Telefônica Brasil (contribuinte), para que o contribuinte pudesse cumprir o contrato negociado e acordado pela Telefónica SA na Espanha, de compra da GVT.

Com isto, o que se observa claramente é que a Telefônica Brasil não dispunha de recursos e capacidade financeira para adquirir a GVT. Quem viabilizou financeiramente o negócio foi a controladora do Grupo Telefônica na Espanha Telefónica SA por meio de uma oferta de suas ações no mercado de capitais de Madrid, e posteriormente injetou capital na empresa brasileira (contribuinte) para completar a compra negociada e financiada pela empresa europeia.

A Recorrente não contesta este fato, embora discorde da conclusão a que chegou a autoridade fiscal quanto a considerar a Telefónica SA como real adquirente da GVT. Destaco a seguinte passagem do recurso voluntário quando enfrenta essa questão:

327. Como antecipado acima, a decisão da DRJ ora recorrida corrobora a ficção jurídica que a Recorrente não seria a “real adquirente” do investimento na GVT”. Para tanto, a decisão da DRJ adota a equivocada linha de argumentação de que “75% do ônus financeiro da aquisição teria sido suportado pela Telefónica

Espanha, por meio próprio ou de suas subsidiárias, enquanto que a parcela recaiu sobre acionistas minoritários” (fl. 17031).

328. Ou seja, amparada na referida ficção jurídica, data venia, a decisão da DRJ incorretamente inferiu que o fluxo de capitalização da Recorrente, subscrito em parte pela Telefónica Espanha, possibilitaria a qualificação desta última como “real adquirente” do investimento na GVT. Assim, para a referida decisão, o que importa seria a origem de (apenas) parte dos recursos ou os respectivos fluxos financeiros, e não a sociedade que os detém na condição de legítima titular e utiliza na efetiva aquisição junto a terceiros. A primeira inconsistência é caracterizada pelo fato de que apenas uma parcela dos recursos do capital social da Recorrente foi aportada pela Telefónica Espanha, havendo parcela expressiva aportada por acionistas não relacionados.

Sustenta a Recorrente que “...apenas uma parcela dos recursos do capital social da Recorrente foi aportada pela Telefónica Espanha, havendo parcela expressiva aportada por acionistas não relacionados”.

Tem razão quanto à parcela aportada por não relacionados, que correspondeu a aproximadamente 25% do aumento do capital social da Recorrente. Contudo, a conclusão inescapável a que se chega é que sem o aporte de recursos por parte do Grupo Telefónica (75% do aumento do capital social da Recorrente), a Telefônica Brasil não teria como honrar o contrato de compra e venda de ações celebrado com a Vivendi. Ou, por outras palavras, o aporte de capital promovido pelas empresas relacionadas à Recorrente pela compra das ações por ela emitidas ingressou em seu caixa com a destinação previamente determinada de pagar o valor em dinheiro previsto no contrato de compra e venda de ações. Ao se obrigar a integralizar o aumento do capital social promovido pela Recorrente, a Telefónica SA assumiu a condição de pagadora da operação de transferência das ações da GVT para a Telefônica Brasil.

Não fosse o dinheiro oriundo da Telefónica, a obrigação não seria solvida e o contrato não seria honrado. Contudo, como afirmando e reafirmado, a controladora espanhola obrigou-se (e cumpriu o ajuste) a promover o aumento do capital social da Recorrente, bem como a subscrever e integralizar o acréscimo patrimonial, possibilitando que a sua controlada no Brasil efetuasse o pagamento, com recursos financeiros oriundos da controladora, da aquisição da GVT.

Disso se conclui que, como muito bem identificou a autoridade fiscal, quem efetivamente suportou o ônus financeiro da aquisição foi a Telefónica SA (espanhola). O capital investido para a aquisição da GVT apenas e tão somente transitou pelas contas da Recorrente.

E não se perca de vista que a Telefónica SA assumiu obrigações em seu nome próprio para que a aquisição da GVT se concretizasse. A própria Recorrente presta esta relevante informação em seu recurso voluntário (com destaques acrescidos);

II.B.1.4. O Contrato de Troca de Ações (Swap Agreement)

276. Como uma das “Condições Precedentes” previstas no Contrato de Compra e Venda, a Telefónica Espanha - sociedade localizada na Espanha e controladora

indireta da Recorrente – assumiu a obrigação de troca (i) da participação equivalente a 12% do capital social da Recorrente a ser recebida pelo Grupo Vivendi como contraprestação parcial pela GVT, a Parcela em Ações; (ii) **por ações da Telecom Itália (TIM) detidas pela Telefónica Espanha** (Cláusula 3.4.A.”e” do Contrato de Compra e Venda).

277. **Essas ações detidas pela Telefónica Espanha eram de grande interesse do Grupo Vivendi**, o qual já detinha investimento naquela companhia, desejando expandir a sua participação. Como é possível observar de notícias publicadas à época, a partir do recebimento das ações da Telecom Itália, o Grupo Vivendi tornou-se o maior acionista da empresa:

[...]

Mais do que garantir que a Telefônica Brasil pudesse honrar o preço que a sua controladora havia acertado com o Grupo Vivendi, a Telefónica SA, como parte do preço pela aquisição da GVT trocou ações da TIM que detinha e que eram de grande interesse do Grupo alienante. Esta operação demonstra que a Telefónica pagou parte do preço pela compra da GVT com recursos próprios, sem transição pelo caixa da Recorrente, e em transação efetuada diretamente com a alienante Vivendi, sem qualquer interferência ou participação da Telefônica Brasil.

Note-se, como muito bem apontou o ex Conselheiro André Mendes Moura na declaração de voto encartada no acórdão nº 9101-002.213, que a norma que regula o aproveitamento da amortização do ágio (arts. 385 e 386 do RIR/1999) é dirigida (aspecto pessoal da norma) “à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**”.

No caso dos autos, restou devidamente comprovado pela autoridade fiscal que quem acreditou na operação e quem desembolsou os recursos financeiros necessários para a concretude do negócio foi a Telefónica SA, empresa sediada na Espanha, donde resultou ágio a ser registrado no exterior, não dedutível do IRPJ e da CSLL no Brasil. Ademais, não houve a confusão patrimonial entre a real investidora (Telefónica SA) e a investida GVT, que foi incorporada por terceira pessoa (Telefônica Brasil) que não arcou com o ônus financeiro da operação.

Por estes fundamentos, não há como acolher a pretensão da Recorrente, impondo-se a manutenção da autuação fiscal nesta matéria.

2.5 – Da multa isolada

A autoridade fiscal, constatando que a Contribuinte deduziu indevidamente despesas com amortização de ágio das estimativas mensais calculadas, provocando a redução insubsistente do montante a recolher, exigiu a multa isolada calculada sobre a diferença entre o

que deveria ter sido recolhido, sem o cômputo das deduções glosadas, e o valor pago pela Empresa.

A Autuada insurgiu-se contra a exigência alegando que a multa isolada não pode ser exigida após o encerramento do exercício, bem como asseverando a impossibilidade da exigência da multa isolada concomitantemente com a multa de ofício. Sustenta ainda a decadência da multa isolada dos meses de janeiro a dezembro de 2015, e ainda que teria havido excesso no cálculo do valor devido pelo indevido cômputo, segundo ela, da amortização do ágio decorrente da incorporação da Telemig Celular, matéria estranha ao feito ora em julgamento.

Dada a absoluta identidade entre os fatos que ensejaram a autuação fiscal em relação a esta infração e a defesa apresentada pela Recorrente, adoto como razão de decidir em relação a esta matéria, conforme autorização do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999, os fundamentos expressos da decisão recorrida, complementando-os em seguida com outros fundamentos que reputo relevantes:

A Impugnante também insurgiu-se contra a multa isolada de 50%, sob o raciocínio de que ela não poderia ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício ou a qualificada, tendo em vista não apenas a posição já sumulada pela CSRF a esse respeito (Súmula nº 105, de 08/12/2014) e a necessidade de aplicação do princípio da consunção, como também devido a diversos precedentes do STJ e do próprio CARF.

A Impugnante equivocou-se com relação à aplicação da Súmula nº 105 do CARF ao presente caso. A citada Súmula faz menção ao art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996 e a multa lançada fundamentou-se no art. 44, II, "b", da Lei nº 9.430/96. Não há como confundir as duas situações.

Logo, não houve aplicação concomitante da multa isolada e da multa proporcional sobre uma única base de cálculo. A Lei nº 9.430/96 assim disciplina o tema (grifado):

*Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre **base de cálculo estimada**, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.*

(...)

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007):

*I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de **falta de pagamento ou recolhimento, de falta de***

declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II – de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: *(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(...)

O art. 16 da IN SRF nº 93/97 é expresso ao determinar o lançamento, após o ano-calendário, da multa sobre os valores de estimativa não recolhidos (grifado):

Art. 16. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I – a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos;

II – o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.

A legislação acima citada legitima a cobrança da multa isolada conforme lançada nos autos. O lançamento da multa isolada pelo não pagamento de estimativas pode ser efetuado no decorrer ou após o término do ano calendário, já que o dispositivo legal acima transcrito não faz qualquer menção quanto à data em que deva ser apurada a falta de recolhimento da estimativa ou a sua insuficiência.

O inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 determina que será cobrada multa quando apurado de ofício o não pagamento, no prazo estabelecido pela legislação, de tributo ou contribuição, cujos valores não pagos também serão exigidos. Já o inciso II impõe a cobrança de 50% dos valores mensais (estimativas), exigidos isoladamente.

Ademais, a legislação tributária federal e mesmo a Constituição Federal não vedam a aplicação concomitante de penalidades. Exemplo encontra-se no art. 74 da Lei nº 4.502/64, que estabelece expressamente que “apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou

jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, as penas a elas cominadas”. Frise-se, uma vez mais, que as bases de cálculo das multas em comento – a isolada e a normal de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, são distintas. O pagamento do tributo definitivo apurado na declaração extingue o crédito tributário, ao passo que o recolhimento da antecipação não tem esse efeito de acordo com o art. 150 do CTN, pois constitui uma obrigação acessória, de caráter provisório e precário, estando sujeito ao ajuste na declaração, o qual pode inclusive resultar em restituição parcial ou integral do tributo.

Verificada a falta de pagamento do tributo após o término do ano-calendário, o lançamento deve ser efetuado, abrangendo a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos, além do tributo devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do termo final do prazo de pagamento.

Assim, quando constatadas as insuficiências de falta de pagamento de estimativas e de tributo, ocorrem duas infrações, cabendo à autoridade fiscal proceder ao lançamento de ambas. Em resumo, a ocorrência conjunta das multas lançadas no presente auto de infração encontra total amparo legal e, portanto, ambas devem ser mantidas.

Registre-se, por oportuno, que não se verificou o alegado erro na apuração da multa isolada, referente aos anos-calendário de 2015 a 2017. Ao contrário do que alegou a impugnante, para o cálculo da citada multa somente foram considerados os valores das amortização de ágio glosados no presente processo, referentes ao Ágio Vivo e Ágio GVT.

Registre-se, outrossim, que também não se verificou a decadência referente à exigência da multa isolada, relativa aos meses de janeiro a dezembro de 2015. Isto porque se trata de uma exigência de ofício, conseqüentemente o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a citada multa poderia ser exigida (ou seja, 1º de janeiro de 2016), nos exatos termos do art. 173, I do CTN.

Retomo o voto para aclarar que a alegação que descabe o lançamento da multa isolada após o encerramento do exercício é afastada pelo racional da Súmula CARF nº 178, que contém a seguinte redação:

Súmula CARF nº 178

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

A inexistência de tributo apurado ao final do ano-calendário não impede a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa na forma autorizada desde a redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Vinculante, conforme [Portaria ME nº 12.975](#), de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Evidente que se a multa isolada é exigível se o resultado do ano-calendário (após o seu encerramento) resulta em inexistência de tributo, também o é nas demais situações em que de encerramento do exercício em se incorreram as estimativas recolhidas a menor ou não recolhidas.

Quanto à concomitância da multa isolada com a multa de ofício, igualmente a solução da contenda passa pelo entendimento sumulado por este Conselho na Súmula CARF nº 105, que ostenta a seguinte redação:

Súmula CARF nº 105

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Ressalte-se que o entendimento expresso na Súmula acima transcrita tem aplicação aos fatos geradores ocorridos antes do advento da Lei nº 11.488/2007, que conferiu nova redação ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996. O enquadramento legal citado expressamente no texto da súmula (*art.44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996*) deixou de existir a partir de 22/01/2007.

Na mesma data, foi publicada no DOU (edição extra) e entrou em vigor a Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007. Foram alterados o percentual aplicável (de 75% para 50%) e também a base de incidência da multa (antes, *a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição*, após, *o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado*). O texto da Lei que interessa ao litígio está assim redigido:

Lei nº 11488/2007:

Art. 14. O art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2o nos incisos I, II e III:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei no 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2o Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1o deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

..... ” (NR)

Assim, com relação aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2007, não se aplica o racional da Súmula nº 105.

Faço minhas as palavras do ilustre Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que tratou do tema no acórdão nº 9101-005.695:

Com efeito, a lei prevê expressamente aplicação da penalidade isolada no caso do descumprimento da obrigação de recolher o tributo estimado mensalmente, mesmo se apurado prejuízo ao final do exercício.

Entendeu o legislador que tal infração (falta de recolhimento da estimativa) não deve ser ignorada.

Com vistas à proteção da arrecadação tributária e prestigiando os contribuintes que em situação equivalente efetuaram os recolhimentos devidos por antecipação, houve por bem o legislador estabelecer uma penalidade para aquela infração, que não se confunde de modo algum com a multa de ofício eventualmente devida pelo não recolhimento do saldo de tributo apurado no final do exercício.

Assim, se, além das estimativas mensais que deixaram de ser recolhidas, a fiscalização constata que também o saldo de imposto anual devido em face da apuração do resultado do exercício não foi declarado/recolhido, ou o foi à menor, impõe-se a cobrança das diferenças de tributos devidas acrescidas da respectiva multa de ofício (75%), aplicada sobre o saldo de tributo devido.

Ora, é princípio basilar de hermenêutica que "a lei não contém palavras inúteis".

Ao estabelecer que é devida a multa isolada ainda que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da contribuição social, o legislador deixou muito claro que a penalidade isolada não se confunde e não pode se fundir com a multa de ofício eventualmente devida pelo saldo de tributo devido no ano. Interpretação nesse sentido implica em negar validade ao citado dispositivo.

A imposição da multa isolada visa prestigiar o contribuinte que cumpre com suas obrigações e observa um dos princípios essenciais da atividade econômica, previsto na Constituição Federal de 1988: o princípio da livre concorrência (vide Art. 170, inc IV, Art. 146-A e Art. 173, § 4º).

Ao impor ao infrator a penalidade isolada a lei visa desestimular comportamentos que levem a condições desiguais, pois enquanto os contribuintes que honram com suas obrigações sacrificam parte de seus fluxos de caixa para contribuir com a coisa pública, muitas vezes tendo que recorrer ao pagamento de juros a terceiros, o infrator (que deixa de recolher o tributo estimado) preserva o seu "Caixa" e se coloca em situação vantajosa economicamente perante os seus concorrentes.

É cediço os efeitos que a sonegação tem sobre o equilíbrio concorrencial. Portanto, ao se desonerar da multa isolada o contribuinte que deixa de efetuar o recolhimento por estimativa ferir-se-ia, além da legalidade, o princípio da isonomia.

Rejeito, também, o argumento, que tem sido reiteradamente utilizado pelos que defendem a impossibilidade de coexistência das duas penalidades, quanto a possibilidade de estarmos diante da ocorrência de um "*bis in idem*": aplicação da multa isolada e da multa de ofício sobre um mesmo fato.

Não vejo como se possa defender a existência de um mesmo fato a ensejar a aplicação das penalidades.

A lei é cristalina ao estabelecer cada uma das hipóteses em que as penalidades são aplicáveis, sendo certo que as infrações ocorrem em momentos absolutamente distintos, embora possam ser detectadas num mesmo momento pela fiscalização.

Enquanto a infração pelo não recolhimento dos tributos devidos com base na estimativa mensal ocorre durante o ano-calendário de sua apuração, a infração pelo não recolhimento do tributo anual devido só pode ocorrer depois de

encerrado o período de apuração respectivo. São fatos diversos que ocorrem em momentos distintos e a existência de um deles não pressupõe necessariamente a existência do outro.

O percentual da multa isolada que antes coincidia com o mesmo percentual da multa de ofício também era comumente utilizado para justificar o alegado "*bis in idem!*". Porém, também não existe mais essa coincidência, em face de sua redução para 50% pela Lei nº 11.488/2007, e que passou a ser aplicada aos casos pretéritos (inclusive neste) em face da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, alínea "c" do CTN.

Os prazos para cumprimento das obrigações em questão também são distintos em cada caso.

A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, inc.V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a penalidade aplicada em tal e qual caso é adequada ou se é excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que é vedado no âmbito deste colegiado.

Por fim quanto à alegação da recorrida sobre a aplicação do princípio penal da consunção, valho-me da precisa fundamentação trazida pelo d. conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no acórdão nº 1302-001.080, apontado como um dos paradigmas pela recorrente, para afastá-la, *verbis*:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal *stricto sensu*. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, *idem*). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente

previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Em conclusão, se a lei não prevê a possibilidade de aplicação de uma penalidade em detrimento da outra não cabe ao intérprete afastá-la ou modular sua aplicação.

Já quanto à decadência da multa isolada dos meses de janeiro a dezembro de 2015, uma vez mais o racional de súmula deste Conselho, desta vez a de número 104 esclarece a questão, com a seguinte redação:

Súmula CARF nº 104

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN. (**Vinculante**, conforme [Portaria MF nº 277](#), de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Portanto, como a ciência da autuação fiscal ocorreu em dezembro de 2020, não havia se operado a decadência do direito da Fazenda Nacional exigir as multas isoladas dos meses do ano-calendário 2015.

Pelo exposto, não há como acolher as alegações da Recorrente quanto à multa isolada por recolhimento a menor de estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

2.5.1- Erro de cálculo na multa isolada

Alega a Recorrente que houve excesso na cobrança da multa isolada nos seguintes termos:

501. No Tópico III.3 da sua impugnação, a Recorrente demonstrou que, caso não fosse entendido pelo cancelamento integral da multa isolada, havia um evidente erro de cálculo cometido pela autoridade lançadora, resultando na cobrança em excesso dessa multa. A autoridade lançadora deixa muito claro no início do TVF que a aquisição e posterior incorporação da Telemig Celular S.A. em junho de 2010 (fl. 15310), não é objeto de questionamento pelo lançamento ora combatido:

[...]

502. A despeito disso, verifica-se que as despesas de amortização desse ágio foram indevidamente glosadas quando do cálculo da suposta multa isolada supostamente devida. Ou seja, no momento de realizar o lançamento da multa isolada (fls. 15410 e 15411), a autoridade lançadora considerou no cálculo do “lucro real ajustado” e “BC CSLL ajustada” todas as despesas registradas como amortização de ágio do período, sem a devida atenção que parcela dessas despesas diz respeito à amortização para fins do IRPJ e da CSLL, em bases mensais, do “Ágio Telemig” que não é objeto de qualquer questionamento.

503. Essas inconsistências e “excesso no cálculo” estão evidenciadas na planilha anexada aos presentes autos, a qual detalha o excesso da cobrança das multas isoladas que totalizou o valor de R\$ 103.071.661,38 e de R\$ 22.911.373,95 para o IRPJ e para a CSLL, respectivamente, nos anos-calendário de 2015 a 2017.

Ao contrário do que alega a Recorrente, a DRJ manifestou-se sobre a matéria, conforme seguinte excerto do recorrido:

Registre-se, por oportuno, que não se verificou o alegado erro na apuração da multa isolada, referente aos anos-calendário de 2015 a 2017. Ao contrário do que alegou a impugnante, para o cálculo da citada multa somente foram considerados os valores das amortizações de ágio glosados no presente processo, referentes ao Ágio Vivo e Ágio GVT.

Nesta matéria, a Recorrente tem parcial razão.

De fato, consultando-se os valores contidos na planilha “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE MULTA ISOLADA SOBRE IRPJ ESTIMATIVA NÃO RECOLHIDO” (fls. 15.410 e 15.411), pode-se constatar que a coluna “ágio” contém valores que incluem o ágio Telemig.

Tomando-se como exemplo o mês de janeiro de 2015, o ágio Vivo constante no LALUR é de R\$ 103.003.836,97 (fl. 15.408). Tal montante, somado ao ágio Telemig deduzido no mesmo mês (R\$ 36.078.487,83) perfaz o total adotado pela autoridade fiscal (R\$ 139.082.342,80).

Os valores estão devidamente escriturados na Parte B do Lalur, conforme imagem do mês adotado como exemplo:

Código/Descrição da Conta:	Ágio telemig	Ágio telemig		
Histórico	Débito	Crédito	Saldo	
(-)Ágio por rentabilidade futura (goodwill)	R\$ 0,00	R\$ 36.078.487,83	-R\$ 2.140.601.438,68 C	

Código/Descrição da Conta:	Ágio Vivo 2	Ágio Vivo		
Histórico	Débito	Crédito	Saldo	
(-)Ágio por rentabilidade futura (goodwill)	R\$ 0,00	R\$ 103.003.836,97	-R\$ 4.120.153.478,73 C	

Nota, entretanto, que os totais apontados pela Recorrente como excesso de cálculo não se confirmam porque a planilha por ela apresentada (arquivo não paginável. fl. 16.789 contém inconsistências, especialmente nos períodos 10/2016 e 07/2017, em relação aos quais a Contribuinte não considerou, para fins de cálculo do IRPJ devido, os prejuízos auferidos nos meses imediatamente anteriores.

Pelo exposto, nesta matéria, deve-se acatar parcialmente os argumentos da Recorrente para que se exclua da base de cálculo da multa isolada de IRPJ e de CSLL os montantes ligados ao ágio TELEMIG, que não é objeto do presente julgamento.

2.6 - Compensação indevida de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL nos anos-calendário 2015 e 2016

Segundo a autoridade autuante, a Contribuinte realizou compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL nos anos de 2015 e 2016 sem possuir saldos disponíveis para compensar. Assim se manifesta a autoridade fiscal sobre a infração:

Durante a presente ação fiscal, verificou-se que o contribuinte realizou compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL na apuração do ajuste anual de IRPJ e CSLL durante o período compreendido entre o ano-calendário 2015 e o ano-calendário 2016. Contudo, os extratos do sistema SAPLI que controla os saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, juntados a este processo, demonstram que não haviam saldos disponíveis a compensar.

Sendo assim, estão sendo objeto de lançamento de ofício o IRPJ e a CSLL incidentes sobre valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL indevidamente compensados pelo contribuinte entre os anos-calendário 2015 e 2016, conforme constante do auto de infração.

A Recorrente sequer contesta a acusação fiscal e limita-se a afirmar que os saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculos negativas da CSLL foram utilizados pela autoridade fiscal na recomposição do resultado tributável de cada um dos meses sob auditoria, razão pela qual não haveria saldo disponível para compensar o resultado anual apurado.

Afirma ainda que, como em seu entendimento as glosas decorrentes da amortização de ágio são indevidas, a infração por compensação indevida de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa é improcedente.

Sem razão a Recorrente. Conforme esmiuçadamente expresso ao longo deste voto, as infrações decorrentes das glosas relacionadas à amortização dos ágios são procedentes, razão pela qual há de se manter, integralmente, a sanção relacionada à compensação indevida de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL.

É de se negar, também nesta matéria, provimento ao recurso voluntário.

2.7 – Juros incidente sobre multas

A Recorrente insurge-se, também, contra a incidência de juros de mora sobre a multa constituída de ofício.

A matéria não comporta mais digressão no âmbito deste Conselho, haja vista estar pacificada após o advento da Súmula CARF nº 108, assim redigida:

Súmula CARF nº 108

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme [Portaria ME nº 129](#) de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Pelo exposto, não procedem os argumentos da Recorrente sobre a matéria, impondo-se a manutenção da incidência de juros sobre as multas de ofício objeto da autuação fiscal em julgamento.

3 – Mérito do recurso de ofício

A DRJ, como visto alhures, afastou a qualificação da multa de ofício e recorreu, de ofício, a este Conselho, quanto à parcela exonerada do crédito tributário constituído.

A Contribuinte, em seu recurso voluntário, defende a manutenção, nesta matéria, do que decidido pela instância de primeiro piso.

A PGFN, divergindo, sustenta que a decisão da DRJ deve ser revista com a requalificação da multa de ofício, tanto na operação que ensejou o “ágio Vivo”, quanto na que resultou no “ágio GVT”.

Em relação ao “ágio Vivo”, sustenta que o dolo da Contribuinte estaria caracterizado pelas seguintes condutas:

O dolo do contribuinte no caso em análise resta evidente quando se volta a atenção para três aspectos: (i) dedução de um ágio decorrente de reavaliação; (ii) não tributação do ganho de capital correspondente e (iii) existência, à época das operações, de jurisprudência administrativa contrária ao ágio interno.

De plano, há de se afastar a imputação à Recorrente decorrente da não tributação do ganho de capital resultante da operação. Ainda que se admita que uma aquisição com ágio gere ganho de capital para a alienante, no caso destes autos a alienante não é a ora Recorrente, que figurou como incorporadora das ações da Vivo.

Ademais, as outras condutas elencadas pela Procuradoria não se caracterizam como atividades ilícitas dolosas. Não há como enquadrar a “dedução de ágio decorrente de reavaliação” e a “existência de jurisprudência administrativa contrária ao ágio interno” como uma das condutas tipificadas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964.

A par disso, note-se que a autoridade autuante não logrou, ao menos no sentir deste julgador, comprovar o intuito de fraude por parte da Recorrente. Ainda que a operação tenha sido realizada intragrupo, e que este ato por si gere legítima repulsa dada sua artificialidade, não se pode considerar que esta conduta, tomada isoladamente, seja apta a configurar uma das hipóteses legais que autoriza a aplicação da sanção qualificada.

De resto, no TVF não há qualquer acusação de simulação ou de criação de circunstâncias artificiais que autorizem a aplicação da multa de 150%. Outrossim, todos os fatos apurados pela autoridade fiscal estão devidamente registrados nas escriturações contábil e fiscal da autuada, que foram a fonte principal dos elementos utilizados pelo fisco para a autuação fiscal.

Já quanto ao “ágio GVT”, a Procuradoria sustenta que a situação configura efetivo e comprovado dolo tributário com emprego de simulação. Ainda segundo o órgão fazendário, o

grupo adquirente “forçou a geração insubsistente de ágio alienígena no Brasil, interpondo a empresa brasileira para ocultar o real adquirente de participações societárias...”.

Este caso, de fato, parece de solução menos simples que o “ágio Vivo” quanto à qualificação da multa. É de se notar que a ora Recorrente figurou como *longa manus* de sua controladora domiciliada no exterior. Mas, ainda assim, não consigo enquadrá-la como empresa veículo, na acepção do termo que indica uma pessoa jurídica que foi criada unicamente para servir de passagem aos recursos financeiros necessários a uma reorganização societária.

Ainda que, sem dúvida por parte deste julgador, o ágio tenha sido suportado pela Telefônica SA e transferido indevidamente para a sua controlada no Brasil, reputo que os atos praticados que culminaram com a transferência das ações da GVT para a Telefônica Brasil não foram simulados. E isso, ao contrário do que sustenta a Recorrente, não é suficiente para afastar a infração por dedução indevida por amortização de ágio. A fraude, ou simulação, não é condição para a existência da infração de dedução indevida com amortização de ágio.

Relembro que a essência da operação ocorreu por meio de OPA, ocasião em que os recursos financeiros captados pela Controladora (a que suportou o ônus financeiro da operação) foram transferidos para a Recorrente para que esta adquirisse as ações da GVT vinculadas ao grupo francês Vivendi.

Inobstante a profunda e muito bem executada autuação fiscal, não restou comprovado, aos olhos deste julgador, a prática de uma das condutas tipificadas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964.

Pelo exposto, não há como prover o recurso de ofício.

4 – CONCLUSÕES

Por todo o exposto e pelo mais que dos autos consta, voto por conhecer dos recursos voluntário e de ofício e, no mérito, POR NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício e por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo das multas isoladas o valor do ágio referente à Telemig.

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira